

Pier Paolo Portinaro
I CONTI CON IL PASSATO
Vendetta, amnistia, giustizia



La ricerca di una via d'uscita negoziata dai regimi oppressivi o dalle guerre civili del passato è diventata una delle preoccupazioni prioritarie della politica, interna e internazionale, in età contemporanea. Non è sempre stato così. Di norma, nella storia, alla fine di periodi di convulsione erano parse percorribili solo due strade opposte: la brutale resa dei conti, cioè la vendetta, oppure l'oblio e l'amnistia, vale a dire la clemenza. Ai quattro angoli del mondo le ultime generazioni hanno sempre più spesso fatto esperienza di altre modalità di chiusura dei conti con il passato: quella della via giudiziaria dei processi penali internazionali, indirizzati a punire i maggiori responsabili di crimini e violenze indiscriminate, e quella delle commissioni verità e riconciliazione, che, facendo luce sulle varie forme di "macrocriminalità di stato", dovrebbero creare le condizioni per il ristabilimento di quel minimo di reciproca fiducia necessaria alla convivenza civile. L'alternativa tra il chiudere i conti con il passato senza averli fatti e il fare i conti con il passato senza mai chiuderli incombe così sempre sui processi di transizione, alimentando tanto l'assunzione morale di responsabilità collettive quanto la politicizzazione della memoria.



Pier Paolo Portinaro

I CONTI CON IL PASSATO

Feltrinelli

© Giangiacomo Feltrinelli Editore Milano
Prima edizione nella collana “Campi del sapere” settembre 2011

ISBN edizione cartacea: 9788807104732

Le illustrazioni contenute nei capitoli *Il processo*, *Mentre Harry Potter diventava grande* e *L'amore liquido nel 2005* e il disegno del furgoncino azzurro sono dell'autore.

Quaderni Jura Gentium

I Quaderni Jura Gentium sono editi in collaborazione fra l'editore Giangiacomo Feltrinelli e Jura Gentium, Centro di Filosofia del diritto internazionale e della politica globale, che opera presso il Dipartimento di teoria e storia del diritto dell'Università di Firenze e pubblica la rivista elettronica internazionale "Jura Gentium Journal" <<http://www.juragentium.unifi.it>>.

Responsabile della collana è Danilo Zolo, coadiuvato da Luca Baccelli, Emilio Santoro e Lucia Re.

Noi riteniamo di essere giudicatrici perfette:
nessun'ira da parte nostra raggiunge chi protende
pure le mani, e senza danno egli trascorre la vita:
chi invece, dopo aver commesso una colpa,
come quest'uomo, nasconde mani insanguinate, noi,
presentandoci quali giuste testimoni di fronte ai morti,
alla fine ci riveliamo a lui come vendicatrici del sangue.

Eumenidi, *Coro*, vv. 312-320

La cosa è troppo grave, perché si ritenga di farla
giudicare da uomini: peraltro neppure a me è lecito
stabilire una sentenza per un delitto frutto di acuto rancore.

Eumenidi, *Athena*, vv. 470-473

Io infatti vi prometto, secondo piena giustizia,
che avrete sedi e penetrali in una terra piena di giustizia,
assise in templi dai troni fulgenti,
onorate da questi concittadini.

Eumenidi, *Athena*, vv. 804-807

Premessa

Il presente saggio tratta di vendetta, giustizia e riconciliazione: finalità dell'agire umano che dovrebbero andare disgiunte, ma che in realtà sono difficilmente districabili. Potrebbe presentarsi come una meditazione sul tema: *Dike* e le Eumenidi. L'*Orestea* di Eschilo è la trilogia drammatica che ha per tema una catena di colpe e di delitti. L'ultima, le *Eumenidi*, rappresenta il superamento della logica della vendetta a opera della logica giudiziaria. Ma ne disvela anche l'ambivalenza. La presunzione delle Eumenidi di essere giudicatrici perfette si oppone all'instaurazione di un tribunale imparziale. E sulla conclusiva pacificazione permane un'ombra di fragilità. La tragedia ci richiama a quel residuo della vendetta che resta come un grumo insoluto al fondo di ogni procedura giudiziaria. Ma anche all'impossibilità di giudicare delitti che oltrepassano la misura.

Questo saggio contiene lo schizzo di un libro di circa un migliaio di pagine sulle "rese dei conti" nella storia e su tante storie di resa dei conti – un libro che assai probabilmente, per la sua dismisura, non troverà mai un editore. In tale eventualità, sono grato al professor Danilo Zolo per aver accolto nella collana "Quaderni Jura Gentium" questo annuncio di un'opera impossibile e sottopongo al lettore interessato un ampio materiale bibliografico, alcune piste di ricerca e qualche valutazione d'insieme.

La ricerca, avviata ormai da molti anni (rimando quantomeno alle mie introduzioni a Helmut Quaritsch, *Giustizia politica*, Giuffrè 1995 e all'edizione italiana ridotta di un libro a cura di Alexander Demandt, *Processare il nemico*, Einaudi 1996), è stata portata avanti (2004-2008) nell'ambito della partecipazione al *Sonderforschungsbereich 537, Institutionalität und Geschichtlichkeit*, coordinato presso la Technische Hochschule Dresden dal professor Gerd Melville. Ringrazio il collega Hans Vorländer per avermi invitato a collaborare a quell'ambizioso e fruttuoso progetto di ricerca. Una buona parte della ricerca è stata poi svolta, in soggiorni estivi degli ultimi anni, nelle biblioteche dell'Università di Freiburg i.B. e al MaxPlanck-Institut für

ausländisches und internationales Strafrecht della stessa città.

In alcuni capitoli ho sviluppato tesi a cui una prima provvisoria formulazione era stata data in *Crimini politici e giustizia internazionale. Ricerca storica e questioni teoriche* (2005), quinto quaderno dei *Working Papers* del Dipartimento di studi politici dell'Università di Torino e nell'articolo *Transitional Justice. I conti con il passato*, "Teoria politica", 25 (2009), n. 1, pp. 5-26. L'aggiornamento bibliografico e l'approfondimento di alcune questioni è stato ancora possibile, nel corso dell'estate, grazie a un invito del Kulturwissenschaftliches Kolleg dell'Università di Konstanz, dove ho avuto il privilegio di avvalermi di una biblioteca davvero esemplare. Ringrazio qui i colleghi Albrecht Koschorke e Jürgen Osterhammel per avermi invitato a concludere le mie ricerche presso il Kolleg.

Konstanz, ottobre 2010

Introduzione

1. La ricerca di una via di uscita, giuridicamente, moralmente e politicamente negoziata e socialmente condivisibile, da regimi violenti e oppressivi, da guerre civili o da situazioni genocidarie è diventata una delle preoccupazioni dominanti della politica, interna e internazionale, in età contemporanea. Non è sempre stato così. Di norma nella storia, alla fine di periodi di convulsione, erano parse percorribili solo due strade opposte: la brutale resa dei conti, cioè la vendetta sistematicamente perseguita, oppure l'oblio e l'amnistia, vale a dire la via della clemenza – o semplicemente dell'indifferenza. Tra questi estremi, che esercitavano, sia pure in tempi diversi (la vendetta a caldo, la clemenza con il raffreddarsi delle passioni), una forte attrazione e lasciavano scarso spazio a soluzioni alternative, si collocavano tutte le misure rivolte ai detentori del potere nel precedente regime.

I modi che tradizionalmente le società politiche hanno adottato per ricomporre le loro passate violente divisioni sono registrati con la consueta lucida perentorietà da Machiavelli in quel capitolo dei *Discorsi* in cui s'interroga su “come si debbe comporre una città divisa”, decidendo del destino dei “capi de' tumulti”. Tre sono le soluzioni a disposizione: “O ammazzargli [...]; o rimuovergli della città; o fare loro fare pace insieme sotto obblighi di non offendere. Di questi tre modi, questo ultimo è più dannoso, meno certo e più inutile. Perché gli è impossibile, dove sia corso assai sangue o altre simili ingiurie, che una pace fatta per forza duri, rileggendosi ogni dì insieme in viso: ed è difficile che si astenghino dallo ingiuriare l'uno l'altro, potendo nascere infra loro ogni dì per la conversazione nuove cagioni di querele”.¹ La ricomposizione per via negoziale delle fazioni è apparsa talora, per chiudere i conti del passato, una via impraticabile, più spesso una perigliosa strada senza alternative.

Questi scenari si sono ripetuti innumerevoli volte nella storia. La vendetta indiscriminata e l'oblio patteggiato hanno continuato anche in età moderna a rappresentare le vie d'uscita più consuete dai torbidi del passato. Solo il XX secolo ha innovato, ponendo in discussione la

massima machiavelliana che ignorava l'amnistia e metteva in guardia dai tentativi disarmati di riappacificazione, teorizzando e, ciò che è più rilevante, praticando in particolare due nuove modalità di chiusura dei conti: quella della via giudiziaria dei processi internazionali, che comminassero punizioni e legittimassero riparazioni, e quella delle Commissioni verità e riconciliazione, che, facendo luce su ciò che ormai veniva qualificato come "macrocriminalità di stato",² creassero le condizioni per il ristabilimento di quel minimo di reciproca fiducia necessaria alla convivenza civile. Alcune di queste esperienze sono maturate sul continente europeo alla fine del primo e soprattutto del secondo conflitto mondiale, generando un dibattito storico e giuridico senza precedenti. Ma altre hanno avuto luogo ai quattro angoli del pianeta, dando vita a un'ulteriore modalità del processo di globalizzazione – a quella che è stata definita "elaborazione transnazionale del passato" e che, allargandosi il suo raggio d'azione, potremmo appunto designare globalizzazione delle "politiche del passato".³

Sulla base di queste esperienze si è avvertita da varie parti l'urgenza di ordinare tipologicamente e di comparare le diverse modalità di resa dei conti con il passato. Accanto alla *vendetta*, cioè alle rappresaglie e persecuzioni nel quadro di una più o meno spontanea o organizzata resa dei conti (che presuppone una chiara vittoria di una parte sull'altra), e all'*amnistia*, come decisione politica, giuridicamente formalizzata, di seppellire il passato ponendo fine alle reciproche accuse e ritorsioni (la quale presuppone invece un vincitore più incerto della sua posizione o comunque consapevole del fatto che la bilancia dei crimini compiuti da entrambe le parti è quasi in pareggio), ha così trovato posto una terza tipologia di chiusura dei conti, quella demandata alle istituzioni giudiziarie nella forma di *processi* ai maggiori responsabili di crimini e violenze indiscriminate. Ma accanto a questi tre paradigmi di governo della transizione – rispettivamente consistenti nell'aggiungere nuove ingiustizie alle passate, nell'ignorare le ingiustizie, nel sanzionare le ingiustizie con mezzi legali – si sono venute articolando anche soluzioni diverse, in qualche modo intermedie o anche spurie: come il caso delle *epurazioni*, che sono una sorta di addomesticamento e legalizzazione della resa dei conti (volta a escludere la violenza e praticata quindi secondo modalità

paragiudiziarie) e, in tempi recenti, delle *Commissioni verità e riconciliazione*, che un po' riduttivamente possono essere interpretate come un'ibrida combinazione di processo e amnistia; e come le *riparazioni*, materiali e simboliche, indirizzate alle vittime delle ingiustizie. A ciò si aggiunge l'insieme dei processi comunicativi e dei programmi pedagogici che, sulla base delle conoscenze generate dalle precedenti pratiche istituzionali, e in particolare dai processi, hanno come oggetto l'elaborazione critica e la stabilizzazione della *memoria*.⁴

Va da sé che in ogni transizione queste diverse soluzioni possono variamente succedersi, intersecarsi, sovrapporsi, creando attriti e paradossi. Una caratteristica del mondo contemporaneo del resto è proprio il sovraccarico di soluzioni a disposizione, che ostacola la linearità delle decisioni politiche. Al raggiungimento degli obiettivi di fondazione di un nuovo ordine politico coopera infatti in ogni transizione una pluralità di strumenti politici, giudiziari, legislativi e amministrativi, che svolgono una funzione sia a livello simbolico sia in ambito materiale. La teoria della giustizia di transizione democratica, a cui stanno lavorando molti studiosi delle ultime generazioni,⁵ si caratterizza proprio per l'attenzione riservata alle strategie politico-amministrative e ai dispositivi costituzionali messi in atto, sia pure sotto pressioni internazionali, dai governi nazionali – strategie e dispositivi che non si limitano a misure legislative di amnistia o a procedimenti giudiziari, ma includono provvedimenti di riparazione e riabilitazione delle vittime e politiche dell'integrazione, della memoria e dell'identità articolate a diversi livelli. Una strategia che persegua a qualsiasi costo, dunque anche in violazione di legittime aspettative di verità e giustizia da parte delle vittime, la semplice neutralizzazione della conflittualità non trova consenso nelle democrazie.⁶

Gran parte della letteratura sul tema che ha visto la luce nella seconda metà del XX secolo ha preso le mosse dalla tragedia dell'Olocausto. Non vi è dubbio infatti che il destino dei responsabili e delle vittime dell'Olocausto fornisca, come ha rilevato Jon Elster, "l'esempio storico più importante del ricorso alla via giudiziaria nel fare i conti con i crimini di un regime" e, al tempo stesso, del programma di riparazioni e risarcimenti più ambizioso della storia. Il caso paradigmatico – e più studiato – di "giustizia di transizione" (il concetto qui impiegato è *Vergangenheitsbewältigung*) è pertanto quello

tedesco del secondo dopoguerra. Ma si tratta di un caso eccezionale, che non consente generalizzazioni a prescindere dal contesto.⁷ Ciò che dalla sua analisi si può apprendere è che a) politiche incisive di epurazione hanno luogo solo quando queste vengano imposte dall'esterno, dopo una sconfitta militare; b) questo facilita, trascorso un certo tempo, la ricomposizione dell'unità nazionale senza troppi risentimenti (essendo state le punizioni originariamente a carico degli occupanti e avendo la comunità nazionale trovato modo di reagire discretamente in termini di "solidarietà dei colpevoli"); c) il successo della democratizzazione è determinato comunque dalla preesistenza di condizioni a essa favorevoli nelle istituzioni e nella cultura politica (il che di solito si trascura quando si legge riduttivamente la storia della Germania in termini di militarismo e di statalismo autoritario); d) la stabilizzazione della democrazia e l'affermazione della cultura dei diritti consentono alle generazioni successive di riaprire i dossier del passato senza ingenerare il rischio di laceranti conflitti.

È stato osservato che a definire il concetto di *Vergangenheitsbewältigung* concorrono quattro elementi: la conoscenza di quello che è accaduto, parametri morali e giuridici per la sua valutazione, la solidarietà nei confronti delle vittime e la volontà che quanto è accaduto non si ripeta.⁸ Da ciò risulta che il superamento del passato è un processo di lungo periodo che la società (o il gruppo sociale a cui i crimini vanno imputati) deve attraversare per riaffermare la propria identità collettiva di soggetto moralmente oltre che giuridicamente riconosciuto dalla comunità delle nazioni. Quasi dialetticamente, la *Vergangenheitsbewältigung* presuppone il momento della *punizione* imposta dall'esterno (le società sono più circospette degli individui nell'amministrare i propri impulsi masochistici autopunitivi) e il momento della *rimozione* che cresce dall'interno e si autolegittima rivendicando un diritto allo sgravio dal passato. Essa giunge poi a compimento solo quando si siano create le condizioni materiali, istituzionali e psicologiche per la riconciliazione: e qui la varietà dei percorsi e dei risultati è davvero imponente. Il che non esclude, però, che si possa dare un qualche ordine alla congerie dei dati empirici che la ricerca è venuta accumulando.

2. Sulle ragioni che hanno determinato l'emergenza di nuove forme di politica del passato in età contemporanea è necessario soffermarsi. Tali trasformazioni vanno collocate nel contesto di un quadro internazionale che non è più quello eurocentrico degli stati sovrani stabilizzatosi nel sistema vestfaliano. Alla fine delle guerre napoleoniche gli stati europei avevano restaurato l'ordine internazionale, cercando di ristabilire un equilibrio tra le potenze appellandosi a principi di legittimità e non a politiche punitive. Il principio di sovranità, in virtù del quale valeva la regola "par in parem non habet iurisdictionem", escludeva qualsiasi forma d'intervento esterno negli affari interni di uno stato ed escludeva che un conflitto internazionale si concludesse con un processo davanti a una corte di giustizia.⁹ Il quadro nel frattempo è significativamente cambiato. Con il XX secolo, nel corso del quale la logica della sovranità ha conosciuto estremizzazioni senza precedenti con esiti catastrofici, si sono messe in moto significative controtendenze. Gli stati a) hanno creato una serie di nuove corti internazionali e corpi quasi-giudiziari; b) si sono impegnati in modo particolare a istituire e riconoscere tribunali indipendenti, non semplicemente arbitrati; c) hanno riconosciuto, spesso non solo formalmente, e in numero sempre maggiore, la giurisdizione di queste corti; d) vi hanno fatto ricorso in maniera crescente. La novità non è di scarso rilievo.

La valutazione di questi sviluppi richiede tuttavia circospezione. Certo, essi possono a un primo esame apparire un'innovazione radicale, in quanto contraddicono la sovranità degli stati come strumento di massimizzazione dei loro interessi. In realtà, in una fase caratterizzata dalla riduzione contrattata e reciprocamente garantita delle funzioni di sovranità dei singoli stati e dall'edificazione di regimi di sovranità condivisa, l'esistenza di tribunali indipendenti costituisce in primo luogo una risorsa e una garanzia per gli stati. Le corti servono a stabilizzare la fiducia nei trattati e negli accordi cooperativi.¹⁰ D'altro canto, non si può dire che la proliferazione di tribunali e il nuovo protagonismo giudiziario abbiano portato a innovazioni strutturali nel sistema internazionale, dal momento che, per limitarsi alla considerazione dei due soggetti più rilevanti, la giurisdizione della Corte internazionale di giustizia ha continuato a essere complessivamente lenta e piuttosto influente sulle scelte della grande

politica,¹¹ mentre l'efficacia della Corte penale internazionale, il cui statuto non è stato sottoscritto dalle maggiori potenze imperiali (a cominciare dagli Stati Uniti), resta, per quanto si possa giudicare, dopo quasi un decennio di operatività, piuttosto limitata.

Più tappe vanno tenute distinte nello scandire l'evoluzione (ben lungi dall'essere compiuta) del sistema internazionale in direzione di un nuovo assetto. La prima, che si apre a Versailles con la messa sotto accusa della Germania additata come responsabile della Prima guerra mondiale, vede la nascita della Società delle nazioni e del primo tribunale internazionale dotato di poteri non soltanto arbitrari. Il suo esito, però, è per varie ragioni fallimentare. Le condizioni per l'affermazione di una giurisdizione penale internazionale evidentemente non sussistevano ancora: accanto a norme primarie che vietavano determinati comportamenti, qualificandoli come crimini di guerra, le convenzioni esistenti non prevedevano ancora norme secondarie che disponessero concrete sanzioni penali. Si dovette pertanto far ricorso ancora a tribunali nazionali. Per quanto i processi di Lipsia sui crimini commessi da militari tedeschi nel corso del conflitto costituiscano per noi un interessante laboratorio nella ricerca di una definizione giudiziaria del crimine di guerra, si trattò nel complesso di un fallimento, risultato deludente di quella che è stata definita "giustizia dei vinti in concessione".¹²

La seconda fase, avviata con i processi dei criminali di guerra davanti ai tribunali militari internazionali di Norimberga e di Tokyo, consegue invece, nell'immediato e in prospettiva, risultati significativi. Tra Versailles e Norimberga si istituzionalizza il programma che si può ben sintetizzare con il titolo di un libro di Gary Jonathan Bass: *Stay the Hand of Vengeance* (che a sua volta riprende l'espressione del giudice Robert Jackson a Norimberga). Il paradigma del realismo politico, che escludeva che atti di sovranità potessero essere sottoposti a processo, incomincia a essere contestato non solo in dottrina. Quelli che da questo momento, sulla base di un largo consenso degli esperti e delle élites politiche, vengono definiti crimini internazionali sono sottoposti a prosecuzione giudiziaria nel quadro di una nuova concezione del diritto internazionale etichettata come *legalismo*.¹³ Anche il potere ultimo, appunto sovrano, è ora sottomesso al diritto. Il diritto internazionale precedente, codificato dalle Convenzioni dell'Aja, contemplava i

crimini di guerra come crimini dello stato e conteneva norme dirette agli stati, ma non prevedeva il principio della responsabilità penale individuale degli autori di tali crimini.¹⁴

È indubbio che siano state le atrocità commesse dal regime nazionalsocialista e dai suoi alleati – in particolare i crimini di guerra, le persecuzioni e il genocidio – ad aver segnato la svolta nelle politiche del passato e aver reso possibile quella resa dei conti giudiziaria che dopo la Prima guerra mondiale era rimasta sulla carta, o era sostanzialmente fallita. I processi di Norimberga (e, quasi per duplicazione, quello di Tokyo) inaugurano la stagione, praticamente senza precedenti nella storia, dei tribunali internazionali che giudicano crimini commessi da individui nella loro qualità di organi di stato¹⁵; ma danno anche l'avvio, per delega e poi per autonoma assunzione delle iniziative, a una intensa stagione di processi per “crimini internazionali” davanti alle corti nazionali di singoli stati (senza che per questo si venga a configurare un'omogenea geografia della resa dei conti giudiziaria).

La terza svolta avviene in coincidenza con la fine della Guerra fredda, che crea per la prima volta nella storia le condizioni per l'espansione a livello globale della resa dei conti giudiziaria con il passato e per la nascita della giustizia penale internazionale. Dopo decenni di stagnazione, gli ultimi anni del XX secolo hanno conosciuto la ripresa di iniziative nell'ambito del diritto internazionale, con l'istituzione a opera del Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite dei tribunali *ad hoc* per l'ex Jugoslavia (Icty) (25 maggio 1993) e per il Ruanda (Ictr) (8 novembre 1994), con l'approvazione dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale (Icc) (17 luglio 1998) e con l'entrata in funzione della medesima (1° luglio 2002). In questa fase si assiste a una proliferazione di tribunali e commissioni internazionali d'inchiesta accompagnata da un discorso pubblico volto a sottolineare la loro funzione nel favorire il diffondersi, se non della democrazia, per lo meno di quella sua preconditione che è il rispetto dei diritti umani; di conseguenza si assiste sempre più di frequente a processi in cui a essere chiamati sul banco degli accusati sono appunto capi di stato e personalità politiche che hanno segnato la storia.¹⁶

Ma non si è trattato di un'evoluzione in senso univoco. Nel momento stesso in cui, con i tribunali *ad hoc* (Icty e Ictr) prima, con

l'istituzione della Icc poi, si avvia questo nuovo esperimento istituzionale, lo scetticismo nei confronti delle sue effettive possibilità, o comunque la consapevolezza dei suoi intrinseci limiti, inducono alla ricerca di altre vie, quali le Commissioni verità e riconciliazione o altri organi ibridi con funzioni paragiudiziarie. Sono dunque presenti tendenze contrastanti. Quello che è stato chiamato the *new moral frame* degli anni novanta va oltre la criminalizzazione degli atti di guerra, riproponendo su scala globale la questione dei risarcimenti e delle riparazioni per torti commessi in passato a danno di individui e collettività. L'ingiustizia storica non è più confinata ai crimini di guerra – in particolare quelli commessi nel corso delle cosiddette guerre totali – ma tende a estendersi a ogni violazione di elementari diritti umani – quali i diritti all'autodeterminazione individuale e collettiva. Nel corso di questi anni molti governi vengono sottoposti alla pressione dell'opinione pubblica internazionale che chiede scuse e risarcimenti per le vittime: gli Stati Uniti per la schiavitù dei neri e per le deportazioni e le decimazioni degli indiani, il Giappone per lo schiavismo sessuale in Corea, Indonesia e Cina, l'Australia per lo sterminio degli aborigeni. I doveri degli stati riguardano ora riparazioni per i crimini del colonialismo e per tutti i soprusi commessi a danno di popoli portati alle soglie dell'estinzione.¹⁷

Una quarta fase si è forse aperta all'indomani dell'11 Settembre, con la netta intensificazione dell'attivismo antiterroristico degli Stati Uniti sotto l'egida dell'Onu. L'ideologia dell'interventismo umanitario celebra in questi anni i suoi fasti: l'intervento militare con la copertura della comunità internazionale viene evocato e legittimato non per contrastare una grave minaccia alla pace o per fermare un genocidio in atto ma per prevenire la violazione dei diritti umani e promuovere, con strumenti coercitivi, lo sviluppo della democrazia. In questa fase la nozione di *responsibility to protect* si viene imponendo come concetto portante del diritto internazionale umanitario.¹⁸ Anche nel dibattito teorico si assiste a un'inflazione del concetto di responsabilità, che dagli atti imputabili ai collettivi (gli stati) si estende agli atti imputabili ai rappresentanti degli stati nell'esercizio delle loro funzioni, e dall'ambito della politica internazionale e del diritto penale a tutta la sfera delle obbligazioni morali. A questo punto si è ormai chiaramente delineato un vistoso cortocircuito politicoistituzionale: l'ineffettualità

sul piano della deterrenza dell'operato dei tribunali penali internazionali sollecita sempre più estensive e invasive misure di protezione dei diritti e di prevenzione dei crimini; d'altra parte, la riluttanza, economicamente e politicamente motivata, degli stati a farsi seriamente carico di questa responsabilità torna a delegare ai tribunali il governo dell'emergenza.

Nel quadro di queste trasformazioni, non sorprende che ad attirare in particolare l'attenzione degli attori e degli spettatori siano, anche grazie alla loro esposizione mediatica, soprattutto le iniziative di carattere giudiziario. Si potrebbe quasi dire che, se la globalizzazione dell'economia del futuro si sta delineando con gli strumenti del diritto commerciale internazionale, la globalizzazione delle politiche del passato opera sotto l'egida del diritto penale internazionale, in virtù del fatto (ma per alcuni si tratta soltanto di un'arcaica ideologia) che il contributo più significativo della giustizia penale internazionale, a onta di tutti i suoi limiti, consiste, come si è affermato, "in breaking the cycle of impunity".¹⁹ Indubbiamente, però, questo processo di giustizializzazione planetaria presenta, assieme ad alcuni punti di forza, anche molte ombre. Ed è forse il gioco delle ombre a rendere l'orizzonte del futuro poco discernibile agli occhi dell'osservatore.

3. Non a caso su questi problemi è ormai in corso un intenso dibattito, che non conosce più confini. Sulla politica dei *war crime tribunals* Gary Jonathan Bass ha formulato cinque tesi generali, che concorrono a integrare il profilo degli orientamenti di politica estera delle democrazie liberali nel segno di un instabile equilibrio tra idealismo e realismo. Egli sostiene che 1. sono solo gli stati liberal-democratici, con la loro ideologia legalistica, a sostenere *bona fide* i tribunali per crimini internazionali, mentre quelli autoritari sono disposti soltanto a supportare processi-farsa ed esecuzioni punitive; 2. peraltro anche i regimi liberali inclinano a non sostenere tali tribunali quando ciò possa mettere a rischio la funzionalità del proprio apparato militare o limitare eccessivamente il campo delle proprie scelte strategiche; 3. anche l'opzione per la giustizia penale internazionale resta caratterizzata in senso particolaristico, in quanto gli stessi stati liberal-democratici tendono a essere sensibili soprattutto a quei crimini internazionali che colpiscono i propri cittadini o i propri alleati o 4.

provocano forti reazioni nelle opinioni pubbliche; 5. anche gruppi di pressione non governativi possono per questa ragione giocare un ruolo non marginale nello spingere gli stati a sostenere questi tribunali.²⁰

È vero che, in linea di massima, in paesi cui non sia del tutto estranea una tradizione democratica, la resa dei conti giudiziaria con il passato può rivelarsi una scelta opportuna, consentendo di perseguire la stabilizzazione di un nuovo assetto costituzionale e la minimizzazione dell'anomia e dell'illegalità politica: i processi infatti a) offrono un'alternativa effettiva alla vendetta e alla resa dei conti violenta; b) contribuiscono a far luce sul passato e quindi a smontare miti, pregiudiziali ideologiche e costrutti cospiratori che favoriscono la polarizzazione politica; c) segnano una svolta istituzionale, che sottolinea l'inizio di una nuova epoca, in cui valgono nuove regole; d) statuiscono un esempio che dovrebbe fungere da deterrente al ripetersi di crimini analoghi e quindi favoriscono la neutralizzazione della conflittualità.²¹ Essa presenta, tuttavia, anche notevoli limiti, costi considerevoli e insidiose incognite. Non sempre, per esempio, i processi funzionano davvero come stabilizzatori; a volte aumentano la tensione e producono fratture politiche durature (soprattutto dove non si dia un rapporto univoco vincitori/vinti). A fronte del basso rendimento dell'apparato istituzionale, la funzione di deterrenza può essere insignificante, quando il rivolgimento politico sia stato radicale (come nel caso delle dittature europee del XX secolo) o laddove si debba contrastare una macrocriminalità sistemica, protetta da una diffusa cultura dell'impunità (come nel caso di tutti i paesi a fragile tradizione democratica).

Sulla funzionalità dei tribunali rispetto all'obiettivo della riconciliazione si sono poi chiaramente delineati fronti contrapposti. I critici argomentano che tali processi contribuiscono ad alimentare i conflitti anziché neutralizzarli, demonizzando gli esecutori delle violazioni dei diritti umani, ostacolando con l'imposizione di gravi sanzioni la riconciliazione e condannando alla marginalità gli attori terzi, non direttamente coinvolti e non pregiudizialmente schierati. I sostenitori argomentano per contro che processi svolti nel pieno rispetto della legalità svolgono una funzione di raffreddamento del conflitto, che solo processi-farsa operano nel senso della demonizzazione dell'avversario, che la retribuzione e la deterrenza non sono

pregiudizialmente incompatibili con la riconciliazione, mentre non è affatto detto che tali processi finiscano per relegare in un ruolo marginale le organizzazioni non governative impegnate nella difesa dei diritti umani.²²

È indubbio peraltro che la giustizia penale internazionale sia nata sotto il segno di un triplice paradosso. Essa si è sviluppata in una stagione caratterizzata da un fondamentale scetticismo nei confronti dell'ideologia penalistica (alla pena si fa ricorso in mancanza di valide alternative e a fini di narcotizzazione dell'allarme sociale generato dal crimine, ma senza più credere alla sua capacità di deterrenza). Essa punta a fare giustizia rispetto a un passato spesso non recente, trascurando il fatto che storicamente il diritto non è lo strumento adatto per rimodellare il passato: il divieto di retroattività ne limita la funzione come vettore di correzione delle storture del passato. ("In praeteritum non vivitur", recita d'altro canto un adagio del diritto romano.)²³ Essa mira infine a porsi come un'istituzione cosmopolitica, nel momento in cui si avvale di uno strumentario in cui sono insufficientemente incorporate le tradizioni giuridiche dei paesi non occidentali. Molti critici hanno pertanto denunciato l'ingenuità dell'assunzione che il modello della giustizia penale occidentale possa essere applicato universalmente.²⁴

La svolta verso la giustizia penale internazionale è stata percepita in molti paesi come un atto di arroganza dell'Occidente, vale a dire come la pretesa di sancire anche giuridicamente la superiorità morale delle società democratiche nei confronti di regimi autoritari o teocratici, prescindendo dalle specifiche caratteristiche delle società colpite da quelle epidemie di violenza. Tali istituzioni si porrebbero pertanto in continuità con la tradizione colonialistica occidentale, contribuendo ad alimentare il sospetto verso un diritto (quello internazionale) che storicamente si è sviluppato nel quadro di un sistema dominato dai rapporti coloniali e che è stato animato da spirito di missione. L'esperienza degli interventi umanitari a partire dagli anni novanta ha poi indubbiamente favorito il disincantamento del progetto cosmopolitico. Da più parti si è sottolineato il rischio di una strumentalizzazione imperiale delle missioni umanitarie, in un mondo che appunto sembra evolvere verso il nuovo ordine conflittuale di quello che può essere definito *multipolarismo imperiale* – il rischio cioè

che, come ha sottolineato Koskeniemi, il cosmopolitismo idealistico si rovesci in imperialismo messianico.²⁵

In considerazione di tutto ciò, piuttosto alta appare la probabilità che il sostegno delle opinioni pubbliche nei confronti di procedimenti giudiziari ad alto costo e a basso rendimento scemi in proporzione al crescere della riluttanza dei governi a coordinare le loro politiche retributive. Ciò darebbe ragione al partito degli scettici, per il quale l'istituzione di tribunali internazionali rappresenta soltanto una misura di politica simbolica volta a dissimulare l'incapacità della comunità internazionale a scongiurare che situazioni di crisi degenerino in guerre e guerre civili. Contro le tentazioni della rassegnazione, fanno però osservare coloro che operano all'interno di queste nuove amministrazioni giudiziarie, un ragionevole scetticismo non dovrebbe andare disgiunto da una dose di fiducia nelle potenzialità evolutive dell'istituzione. In assenza di serie soluzioni alternative per dare risposta a crimini come il genocidio o altre gravi violazioni dei diritti umani, del resto, il ricorso al diritto penale internazionale continua a essere una via ragionevole.²⁶ La rinuncia a esso equivarrebbe all'adozione nei fatti di un'indiscriminata politica dell'oblio, sfociando in una serie interminabile di amnistie.

Proprio in ragione di queste difficoltà, gruppi di esperti, singoli paesi e più generalmente anche l'Onu si sono venuti orientando in tempi recenti verso la ricerca di soluzioni alternative. Con sempre maggiore insistenza il dibattito degli ultimi anni, che sono quelli che hanno visto la genesi non solo della giustizia penale internazionale, ma anche di altre forme miste di giurisdizione (tra il nazionale e l'internazionale) e delle Commissioni per la verità e la riconciliazione, ha tematizzato, a partire da esperienze istituzionali concrete, la possibilità di individuare una terza via tra il *massimalismo* della giurisdizione internazionale e il *minimalismo* delle amnistie.²⁷ In particolare il ricorso alle Commissioni per la verità risponde all'esigenza di andare oltre la semplice resa dei conti giudiziaria con il passato, acclarata l'impossibilità, in molte situazioni di dissolvimento istituzionale conseguenti alla colonizzazione criminale della sfera pubblica, di aprire contemporaneamente migliaia di processi e di dare compiuta soddisfazione alle vittime. Tali Commissioni hanno la funzione di stabilire, con l'accertamento della verità dei fatti (che viene

a svolgere nei processi di transizione alla democrazia una funzione quasi costituente), anche le coordinate per misure legislative volte al ripristino della legalità giudiziaria e alla riconciliazione con le vittime.²⁸ Oltre a porre rimedio alla paralizzante inflazione del contenzioso giudiziario, tali strumenti costituirebbero i presupposti per politiche della riconciliazione che tengano conto della specificità delle situazioni. L'orientamento alla ricerca di soluzioni locali, nel senso di un diritto all'autodeterminazione delle politiche del passato, è stato poi rafforzato anche dal riconoscimento che l'attivismo internazionale-penalistico dell'Onu si veniva accompagnando (e non era forse mera coincidenza cronologica) a un crescente interventismo militare ("umanitario").

4. A differenza dello strumentario del diritto penale, che concentra la sua attenzione sugli esecutori e si rivela invece piuttosto insensibile riguardo alle vittime, la terza via del *repairing historical injustices* si legittima proprio in virtù dell'attenzione rivolta alle vittime. Il problema del trattamento riservato a queste ultime è assunto a interesse privilegiato della ricerca storiografica negli ultimi decenni e la nascita della vittimologia come disciplina criminologica (una sorta di criminologia critica o anche di anticriminologia) è un indicatore di questa svolta.²⁹ I critici del paradigma della *retributive justice*, ovvero la giustizia penale nella sua accezione corrente, fanno osservare che questa si concentra sui perpetratori (e vive dell'illusione della deterrenza della pena, la cui efficacia a livello internazionale resta in effetti tutta da dimostrare), mentre la *restorative justice*, la cui fortuna è legata a quella delle etiche dialogiche e del riconoscimento, adotta il punto di vista delle vittime e persegue come finalità primaria la riconciliazione tra le fazioni opposte di una nazione divisa dalle tragiche esperienze di una guerra civile o di una dittatura. Con lo spostamento dell'attenzione dagli esecutori alle vittime assistiamo anche a un mutamento dell'oggetto della memoria sociale in Occidente, che da memoria del *male inferto* diventa memoria del *male sofferto*.

Un'importante componente delle pratiche della giustizia di transizione riguarda il risarcimento simbolico e materiale. La transizione può avere successo solo se la ricostruzione e lo sviluppo economico si accompagnano agli sforzi di riconciliazione e di integrazione democratica. Ma il successo della riconciliazione dipende

dalla presenza di una pluralità di fattori – oggettivi e soggettivi – che non si lasciano produrre artificialmente (almeno nel breve periodo). Violenti conflitti civili hanno inevitabilmente come risultato il formarsi di una cultura della diffidenza e dell'isolamento dei gruppi (quello che è stato chiamato “*apartheid* volontario”³⁰), che rende difficile avviare il processo di riconciliazione e vulnerabile la sua stabilizzazione. Un'ulteriore complicazione sta nel rapporto strutturalmente asimmetrico che le istituzioni pubbliche intrattengono con le parti, gli esecutori dei crimini (interessati a chiudere al più presto la partita) e le vittime (interessate al ripristino della situazione anteriore alla violazione del diritto, quindi a un obiettivo di per sé irraggiungibile).

Ma quali sono le conseguenze del riconoscimento di una colpa e di un dovere di riparazione? Dal riconoscimento del diritto alle riparazioni all'industria dei risarcimenti, in cui fanno affari le grandi *law firms*, il passo è breve. Tradotto il problema nella grammatica dei tribunali, si consegue un risultato che di norma non va oltre la monetarizzazione. Il che spesso alimenta una spirale rivendicativa: più aumenta la disponibilità, più aumentano le pretese. Per quanto cinica l'osservazione possa risultare, è indubbio che, nel momento in cui passano in gestione ai loro eredi nel quadro di una società di mercato, i diritti morali delle vittime diventano diritti-pretese di natura prevalentemente economica. Assai più difficile è tuttavia radicare il processo di riconciliazione in un contesto comunitario. Anche il discorso della memoria, a cui si fa ricorso per fornire una legittimazione unitaria alle politiche del passato, appare spaccato tra la trattativa economica e l'aspettativa morale di riconciliazione.

Come variante meno onerosa delle riparazioni, nel mondo occidentale si è diffusa la pratica del chiedere scusa.³¹ Il fenomeno si colloca nell'ambito del trapasso, come ha argomentato Hermann Lübbe, da una morale fondata sulla rassicurante presunzione di verità propria delle ideologie a una più esigente morale del pentimento e del riconoscimento delle realtà storiche.³² La cultura dell'apologia ha indubbiamente un'importante funzione compensatoria. Anche in questo caso è bene naturalmente non trascurare che questa morale politica acquista una dimensione strategica sia per il debitore-donatore sia per i creditori eredi delle vittime, in quanto ha come corollario l'assunzione di impegni finanziari. Tracciando un bilancio della loro attività di

membri della commissione per la preparazione della fondazione “Memoria, responsabilità e futuro”, Stuart E. Eizenstat ha parlato di “imperfect justice”, Lutz Niethammer di “beschädigte Gerechtigkeit”, di “lesa giustizia”.³³

Con l’elaborazione transnazionale del passato si è venuta delineando una problematica proliferazione degli universi delle vittime. Sicuramente i flussi comunicativi della globalizzazione favoriscono l’individuazione di categorie di vittime spesso ignorate, nei confronti delle quali nessuno fino a tempi recenti si era preoccupato di fare giustizia (le mute e dimenticate vittime delle colonizzazioni, del lavoro forzato, dello schiavismo sessuale). Più difficile, tuttavia, sottratte le vittime all’oblio dell’insensibilità, è definire i responsabili delle ingiustizie storiche.³⁴ L’instaurazione di un nesso tra rivendicazione dei diritti umani e vittimizzazione, qualora diventasse un tratto distintivo del costituzionalismo cosmopolitico, come taluni teorici globalisti sembrano suggerire, potrebbe avere come conseguenza soltanto una rovinosa implosione della cultura dei diritti.

Per limitarsi a un esempio macroscopico: sono indubbie le colpe dei proprietari di schiavi e degli stati schiavisti, ma qual è la responsabilità degli africani che operarono da cacciatori e mercanti di schiavi? La questione della responsabilità riguarda, in questi casi, soltanto remoti discendenti: quali doveri di riparazione hanno stati, gruppi corporati o singoli individui, il cui benessere può esser fatto risalire almeno parzialmente (ma in che misura?) allo sfruttamento degli schiavi? E chi dovrebbero essere i beneficiari dei risarcimenti? Che cosa significhi giustizia per le vittime resta egualmente una questione aperta. Come è noto, nient’affatto condivisi sono i criteri ordinativi della giustizia distributiva e della giustizia retributiva: ma qui la questione si complica ulteriormente, perché in riferimento a queste rivendicazioni di “giustizia storica” gli aspetti retributivi e quelli distributivi s’intrecciano indissolubilmente e il problema dell’individuazione dei criteri si complica.³⁵ Parimenti controverso è che cosa si debba intendere per reintegrazione e riconciliazione, vale a dire se queste finalità siano definite dal punto di vista degli individui che hanno patito il torto o delle comunità che ne sono state teatro.

5. Di tutto ciò si occupa, come si è detto, un filone di ricerche di

recente costituzione, che assume a suo oggetto la “giustizia di transizione” e i problemi politici, giuridici e morali che emergono nel corso dei processi di transizione dai regimi autoritari e totalitari alla democrazia.³⁶ Tutte le transizioni pongono problemi di *transitional justice*, la questione pertanto è tutt’altro che nuova. In Europa, per esempio, nella seconda metà del XX secolo si è fatta esperienza di tre diversi rivolgimenti, che hanno posto di volta in volta le società e le élites di fronte a sfide differenti: a) dalle dittature di tipo fascista alle democrazie (nel 1945 e poi negli anni settanta); b) dai regimi autoritari ai regimi comunisti nell’Europa dell’Est; c) dalle dittature comuniste alle democrazie (dove è significativo che a est alcuni paesi abbiano fatto esperienza di tutte e tre le transizioni, mentre la Gran Bretagna, la Svezia, la Svizzera non ne hanno conosciuta alcuna).³⁷

Ma la letteratura sul tema si è sviluppata e ha assunto un’autonoma configurazione a partire da una costellazione storica particolare, quella prodotta dall’insieme di interventi umanitari, di *peacekeeping* e *peace-enforcing* dell’Onu, che hanno dato avvio in alcune decine di paesi del mondo a processi in larga misura esogeni di transizione sotto tutela.³⁸ In questi casi non si trattava di restaurare un preesistente assetto democratico o un modello di società di mercato che si era già affermato con le rivoluzioni industriali e nazionali del XIX secolo, bensì di guidare la transizione alla democrazia a partire da condizioni di particolare arretratezza, in società multietniche con un passato coloniale che ne aveva formato e deformato lo sviluppo. Gli interventi umanitari dell’Onu, e quelle che sono state definite *humanitarian occupations*,³⁹ negli anni hanno generato *regimi di protettorato sulle transizioni*.

In termini generali, si può sostenere che, per quanto concerne le politiche del passato, le democrazie consolidate appaiono caratterizzate a) da propensione all’elaborazione giudiziaria del passato, b) avversione verso le amnistie, c) richiesta di misure di risarcimento per le vittime. Ma quando si tratta di un processo di democratizzazione ancora agli inizi lo scenario si complica. In particolare, i governi di transizione usciti da guerre civili in situazioni di arretratezza economica e in assenza di un effettivo potere centrale solitamente hanno un orientamento opposto: in essi manca, o è totalmente compromessa, l’infrastruttura giudiziaria cui affidare lo svolgimento dei processi; la

quantità di crimini commessi da entrambe le parti è tale da far apparire obbligata la via delle amnistie, le risorse per avviare una politica di riparazioni non soltanto simbolica mancano o sono drammaticamente insufficienti.⁴⁰

Rispetto ai problemi della pacificazione di società passate attraverso una guerra civile, è possibile distinguere fondamentalmente due strategie: la prima, compendiabile nella formula *stateness first*, mira innanzitutto al ripristino di un potere centrale capace di garantire la sicurezza, sulla base dell'assunzione che storicamente lo *state-building* precede la formazione della società civile e il processo di democratizzazione⁴¹; la seconda, volta invece a sottolineare come siano altri fattori sociali, in particolare l'incomunicabilità di gruppi rinchiusi in una sorta di volontario *apartheid*, a mantenere alto e refrattario il livello di conflittualità, per cui diventa indispensabile operare a livello comunitario per ristabilire relazioni sociali tra i gruppi ostili.⁴² A questo secondo approccio è orientata la ricerca di vie alternative all'elaborazione giudiziaria del passato che nel corso degli ultimi anni è venuta assumendo una funzione centrale nelle teorie e nelle pratiche di governo della transizione.

Nel complesso, comunque, le teorie della *transitional justice* si connotano per un approccio olistico e per la ricerca di un equilibrio tra i quattro dispositivi su cui può fare affidamento una politica che miri alla ricomposizione di una società lacerata da violenti conflitti: i procedimenti giudiziari, le commissioni per l'accertamento della verità sul passato, le riparazioni, materiali e simboliche, e le riforme istituzionali. A ciascuno di questi dispositivi corrisponde, per i pubblici poteri, un obbligo e, per i cittadini della nascente democrazia, un diritto da far valere.⁴³ Nessuna di queste modalità di superamento dei traumi del passato è in grado di dare da sola esiti significativi – le teorie della giustizia di transizione puntano sulla loro sinergia. Nessuna di esse del resto, per potersi comporre con le altre in una strategia unitaria, può essere praticata con la coerenza del radicalismo: la giustizia di transizione risponde alle massime circostanziali della prudenza e non alle ingiunzioni di un'etica dei principi. Non a caso, sullo sfondo attende discretamente il ricorso, misurato e circospetto, a una quinta opzione dello strumentario della pacificazione: l'amnistia.

In *Closing the Books. Transitional Justice in Historical*

Perspective (2004) Jon Elster, in riferimento a una molteplicità di casi storici e senza la pretesa di elaborare una teoria generale, ha analizzato attori, motivazioni, emozioni, istituzioni e vincoli della giustizia di transizione con l'obiettivo di comprendere "perché i processi della giustizia di transizione abbiano assunto forme diverse in transizioni differenti e perché talvolta siano mancati del tutto".⁴⁴ Ci sono continuità storiche che attengono a processi collettivi che operano nel profondo, ma c'è anche un'infinità di varianti. Il prevalere di prospettive autonomistiche, sulla base dell'affermazione del diritto di autodeterminazione anche per quanto concerne le modalità d'uscita da dittature e guerre civili, apre la via ad altrettanti *Sonderwege* nelle politiche del passato.

Nella ricerca di soluzioni si ha l'impressione di un crescente sincretismo, conseguenza della scarsa funzionalità delle strategie univoche. La via dell'elaborazione giudiziaria è costosa e spesso inconcludente, l'amnistia confligge con principi fondamentali del diritto costituzionale e internazionale, le riparazioni incontrano molte resistenze, la riconciliazione è un processo difficile e vulnerabile, il perdono non può essere collettivo. La via d'uscita sembra pertanto consistere nell'attribuire alla memoria e alla sua istituzionalizzazione la funzione di aggirare le difficoltà e supplire a tutti questi limiti. Il che però è manifestamente impossibile. Anche la via dell'elaborazione morale del passato va incontro alle sue frustrazioni. È evidente che siamo qui confrontati con un laboratorio di ricerca in fase non solo di espansione ma anche di riassetto: la letteratura sulla *transitional justice* è entrata in una fase di riflessione critica.⁴⁵

6. Ciò che in questo variegato panorama delle transizioni salta all'occhio dell'osservatore è la divaricazione tra il modello europeo (problematico appare, data la posizione fortemente critica assunta dalla potenza imperiale americana, parlare di modello occidentale) e le esperienze degli altri continenti. L'uno è strutturato prevalentemente dall'opzione per la giurisdizione penale internazionale e quindi per una soluzione che si presenta in fondo come una prosecuzione e una proiezione esterna della cultura statalistica peculiare della vecchia Europa. Le altre attingono a pratiche sociali e tradizioni culturali che poco hanno a che vedere con la modernità occidentale, anche se con le

strutture istituzionali di questa si sono venute e si vengono variamente ibridando. Da un lato, dunque, la tendenza all'omologazione e alla centralizzazione, dall'altro una dinamica centrifuga che favorisce adattamenti a condizioni sociali in cui la violenza è endemica. L'evoluzione sempre più accentuata verso società multietniche e multiculturali, indotta dalla globalizzazione, lascia pertanto presagire il rafforzarsi della tendenza alla differenziazione e alla contaminazione delle modalità di soluzione dei conflitti.

Non si tratta, del resto, soltanto di porre in questione un modello egemonizzato dal *medium* giuridico. Il modello europeo di elaborazione del passato è sotto più profili un prodotto della secolarizzazione. Lo è in quanto conferisce a istituzioni secolari il compito della pacificazione e della stabilizzazione della fiducia reciproca. Ma lo è anche nel senso che si accompagna a una cultura della sacralizzazione della dignità e dei diritti umani e della istituzionalizzazione della memoria delle vittime di un sacrificio che non può trovare né spiegazione né giustificazione razionale. Le esperienze extraeuropee si collocano in un diverso contesto, nel quale alle credenze religiose è ancora affidato il compito di regolare la convivenza in tutti i suoi aspetti e alle chiese è attribuita anche la funzione di amministrare la politica del passato. L'avanzamento delle strategie della riconciliazione in gran parte del mondo ha indubbiamente a che fare con questa realtà, che non costituisce un terreno d'accoglienza ideale per il paradigma europeo dell'elaborazione giudiziaria del passato.

Gli studiosi sono generalmente concordi nel ritenere che, soprattutto nell'ultimo cinquantennio, “la popolazione di praticamente tutte le società industriali avanzate si sia mossa verso orientamenti più secolari”, mentre la stessa evoluzione non può essere registrata nei paesi meno sviluppati, per cui già solo in virtù della crescita demografica il rapporto tra società secolarizzate e società egemonizzate dalla religione si è alterato a vantaggio delle seconde: “Il mondo nel suo insieme oggi ha più individui con idee religiose tradizionali di quanti non ne abbia mai avuti prima”; questa alterazione lascia ritenere che “la crescita del divario globale tra società sacre e società secolari avrà conseguenze importanti per la politica mondiale, rendendo più importante il ruolo della religione nell'agenda internazionale”.⁴⁶ In effetti molte evidenze empiriche confermano questa crescente rilevanza

– tanto nella politica interna in relazione ai conflitti di cittadinanza legati alla multiculturalità quanto nella politica internazionale (soprattutto nei rapporti tra mondo cristiano e mondo islamico). Per gli effetti della globalizzazione, la religione torna dunque a giocare un ruolo centrale anche per gli stati dell'Occidente.⁴⁷ Nelle società a più avanzata secolarizzazione, come quelle europee, la religione civile della memoria costituisce un surrogato di questa generale evoluzione.

Fra le ragioni del ritorno delle religioni o della loro resistenza alle dinamiche della secolarizzazione va sicuramente annoverato il ruolo che esse hanno svolto in molti processi di pacificazione, sul piano delle credenze e dell'orientamento delle coscienze come su quello istituzionale. Dall'Argentina all'India, dalle Filippine al Sudafrica innumerevoli sono i processi di transizione alla democrazia o di *de-escalation* dei conflitti in cui attori religiosamente motivati (individui, associazioni, istituzioni ecclesiastiche) hanno svolto un ruolo di primo piano.⁴⁸ Senza la funzione integratrice delle chiese o di comunità religiose la maggior parte di questi processi non avrebbe conseguito un esito positivo. In situazioni nelle quali la punizione di un numero esorbitante di esecutori risultava impraticabile e la via giuridica dell'amnistia eticamente inaccettabile, la soluzione religiosa di un perdono istituzionalmente e comunitariamente mediato additava almeno (per quanti problemi teologicamente e pragmaticamente essa ponesse) la via alla ricerca di sostenibili compromessi sociali e costituzionali.

Le religioni hanno tuttavia in comune con i mercati e con gli imperi la tendenza a espandersi, a sfondare e a spostare i confini, a relativizzare logiche di esclusione tradizionali e a inventarne di nuove. Esse non sono soltanto le superiori istanze cui è affidato il dialogo fra le civiltà e il compito di dischiudere all'umanità la via della pace: tolleranza e violenza sono egualmente iscritte nel loro codice genetico. Dibattiti intorno alla “dialettica dell'illuminismo” nella seconda metà del Novecento avevano inaugurato un filone di riflessione critica sull'ambivalenza del mondo moderno, sulla sua doppia natura di civiltà e barbarie, giunta a pieno disvelamento con il totalitarismo. Al riconoscimento dell'ambivalenza della modernità secolarizzata altri più recenti dibattiti, innescati dal riemergere del fondamentalismo in società che la modernizzazione sembrava aver messo sulla strada della secolarizzazione, hanno aggiunto il riconoscimento dell'ambivalenza

della religione.⁴⁹ Il ritorno della religione accresce l'ambivalenza del mondo, non è di per sé un rimedio a essa. Anche di questo va tenuto conto nel valutare il complesso fenomeno della moralizzazione delle relazioni internazionali.

NOTE

¹ N. Machiavelli, *Discorsi*, III, 27.

² H. Jäger, *Makrokriminalität*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1989; K.D. Askin, *War Crimes Against Women. Prosecution in International War Crimes Tribunals*, Nijhoff, Den Haag 1997; J.I. Ross (a cura di), *Varieties of State Crime and its Control*, Criminal Justice Press, Monsey (N.Y.) 2000.

³ Sul concetto, e sul fenomeno nell'Europa del secondo dopoguerra e del dopo '89, N. Frei (a cura di), *Transnationale Vergangenheitspolitik. Der Umgang mit deutschen Kriegsverbrechern in Europa nach dem Zweiten Weltkrieg*, Wallstein, Göttingen 2006.

⁴ H. Quaritsch, *Teoria della chiusura dei conti con il passato*, in Id., *Giustizia politica*, Giuffrè, Milano 1995, pp. 139-140; M. Minow, *Between Vengeance and Forgiveness. Facing History after Genocide and Mass Violence*, Beacon Press, Boston 1998; G.J. Bass, *Stay the Hand of Vengeance. The Politics of War Crimes Tribunals*, Princeton University Press, Princeton 2000, p. 7.

⁵ Per una prima introduzione (ma per ulteriore bibliografia vedi al cap. 9) N.J. Kritz (a cura di), *Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, 3 voll., United States Institute of Peace Press, Washington 1995; R.G. Teitel, *Transitional Justice*, Oxford University Press, Oxford 2000; J.R. Quinn (a cura di), *Reconciliation(s). Transitional Justice in Postconflict Societies*, McGill-Queen's University Press, Montréal 2009.

⁶ Così argomenta per esempio M.C. Bassiouni, *Accountability for Violations of International Humanitarian Law and Other Serious Violations of Human Rights*, in Id. (a cura di), *Post-conflict justice*, Transnational Publ., Ardsley (N.Y.) 2002, p. 3: "The *Realpolitik* of reaching political settlements without regard to a postconflict justice component is no longer acceptable".

⁷ J. Elster, *Chiudere i conti. La giustizia nelle transizioni politiche*, il Mulino, Bologna 2008, p. 12. Cfr. J.K. Olick, *In the House of the Hangman. The Agonies of German Defeat, 1943-1949*, The University of Chicago Press, Chicago 2005, p. 338: "Since 1989,

Germany has been the obvious reference point in the growing discourse of collective memory, transitional justice, and postconflict reconciliation". L'Olocausto e la sua elaborazione sono diventati a "decisive blow to the selfconception of Western modernity". Occorre rilevare che gran parte dello strumentario analitico concernente questi problemi è tributario del lessico tedesco: neologismi come *Geschichtspolitik*, *Erinnerungspolitik*, *Vergangenheitspolitik*, *Geschichtsaufarbeitung*, e soprattutto *Vergangenheitsbewältigung* sono ormai entrati a far parte del linguaggio specialistico. A mettere in circolazione, ricostruendo l'esperienza tedesca del dopoguerra, l'espressione "politica del passato" è stato N. Frei, *Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit*, Beck, München 1996. Con le espressioni *Vergangenheitspolitik* e *Vergangenheitsbewältigung* si tende a mettere in rilievo soprattutto il processo politicogiudiziario di reintegrazione sociale di vittime ed esecutori; con le espressioni *Geschichtspolitik* ed *Erinnerungspolitik* la dimensione simbolico-comunicativa: H. König, *Von der Diktatur zur Demokratie oder Was ist Vergangenheitsbewältigung*, in H. König, M. Kohlstruck, A. Wöll (a cura di), *Vergangenheitsbewältigung am Ende des Zwanzigsten Jahrhunderts*, Westdeutscher Verlag, Opladen 1998, pp. 371-392; E. Wolfrum, *Geschichtspolitik in der Bundesrepublik Deutschland. Der Weg zur bundesrepublikanischen Erinnerung 1948-1990*, WBG, Darmstadt 1999.

⁸ Così secondo lo storico israeliano Michael Wolffsohn, cit. in U. Brochhagen, *Nach Nürnberg. Vergangenheitsbewältigung und Westintegration in der Ära Adenauer*, Junius, Hamburg 1994, p. 11.

⁹ Sul concetto di sovranità nell'età del declino degli stati H. Kelsen, *Il problema della sovranità* (1920), Giuffrè, Milano 1989; S.D. Krasner, *Sovereignty. Organized Hypocrisy*, Princeton University Press, Princeton 1999; U. Schliesky, *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt. Die Weiterentwicklung von Begriffen der Staatslehre und des Staatsrechts im europäischen Mehrebenensystem*, Mohr Siebeck, Tübingen 2004; P.P. Portinaro, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, il Mulino, Bologna 2007; L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2007.

¹⁰ Questo a patto, argomentano in molti, che ci si guardi dal “trasporre in modo automatico il funzionamento della giustizia interna a livello internazionale, quasi a cancellare l’insormontabile ostacolo della sovranità degli stati, che resta la sola dimensione capace di coniugare la forza e il diritto”. La funzione della giustizia internazionale non è di negare la sovranità degli stati ma di “responsabilizzarla ingiungendole di non reiterare i propri errori” (A. Garapon, *Crimini che non si possono né punire né perdonare. L’emergere di una giustizia internazionale*, il Mulino, Bologna 2004, p. 257). La sua funzione rientra quindi nell’ambito della globalizzazione del principio di responsabilità, che accanto alla dimensione economica, ecologica, politica, ha necessariamente anche una componente penale.

¹¹ Sulla Corte internazionale di giustizia è stato di recente proposto un bilancio piuttosto negativo, sottolineando la sua scarsa produttività, legata al fatto che gli stati frequentemente si rifiutano di sottomettersi alla sua giurisdizione o di dare esecuzione alle sue sentenze, e rilevandone quindi il declino, di cui si fornisce una spiegazione sia in termini geopolitici sia in termini istituzionali: i giudici per un verso appaiono alle grandi potenze troppo indipendenti e scarsamente sensibili ai loro interessi e alle loro funzioni di garanti dell’ordine planetario, per l’altro vengono dagli stati più deboli sospettati di essere non sufficientemente imparziali e troppo condizionati da una cultura giuridica comunque plasmata dagli interessi delle potenze occidentali: cfr. E. Posner, *The Decline of the International Court of Justice*, in S. Voigt, M. Albert, D. Schmidtchen (a cura di), *International Conflict Resolution*, Mohr Siebeck, Tübingen 2006, pp. 111-142; Id., *The Perils of Global Legalism*, The University of Chicago Press, Chicago 2009.

¹² K. Müller, *Oktroyerte Verliererjustiz nach dem Ersten Weltkrieg*, “Archiv für Völkerrecht”, 39 (2001), pp. 202-222; G. Hankel, *Die Leipziger Prozesse. Deutsche Kriegsverbrechen und ihre strafrechtliche Verfolgung nach dem Ersten Weltkrieg*, Hamburger Edition, Hamburg 2003.

¹³ G.J. Bass, *Stay the Hand of Vengeance*, cit., p. 7: “Some decision makers believe that it is right for war criminals to be put on trial – a belief that I will call, for brevity’s sake, legalism”. Il libro si propone come una ricerca “about idealism in international relations, and

its sharp limits. It asks why some countries will sometimes be strikingly idealistic in the face of foreign wickedness, and at other times will cynically abandon the pursuit of justice” (p. 5). Ma per la fonte diretta vedi J. Shklar, *Legalism*, Harvard University Press, Cambridge 1964. E.A. Posner, *The Perils of Global Legalism*, cit., p. XII, definisce semplicemente global legalism “an excessive faith in the efficacy of international law”.

¹⁴ Questa è invece la novità del diritto di Norimberga, come esplicitato dall’articolo 6 dello Statuto di Londra e come ribadito nella sentenza del 1° ottobre 1946, laddove si dice che “the very essence of the Charter is that individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual state”, per cui solo punendo gli individui che commettono quei crimini “can the provisions of international law be enforced” (cit. in P. Foix, *Sul rapporto tra i crimini internazionali dello Stato e i crimini internazionali dell’individuo*, “Rivista di diritto internazionale”, 87 [2004], pp. 929-954).

¹⁵ Cfr. H. Ahlbrecht, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert. Unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Straftatbestände und der Bemühungen um einen Ständigen Internationalen Strafgerichtshof*, Nomos, Baden-Baden 1999; A. Weinke, *Die Nürnberger Prozesse*, Beck, München 2006.

¹⁶ M.L. Volcansek (a cura di), *Law above Nations. Supranational Courts and the Legalization of Politics*, University Press of Florida, Gainesville 1997; T. Treves, *Le controversie internazionali. Nuove tendenze, nuovi tribunali*, Giuffrè, Milano 1999; H. Ball, *Prosecuting War Crimes and Genocide. The Twentieth-Century Experience*, University Press of Kansas, Lawrence 1999; Y. Beigbeder, *Judging War Criminals. The Politics of International Justice*, St. Martin’s Press, New York 1999; Id., *Judging Criminal Leaders: The Slow Erosion of Impunity*, Nijhoff, Den Haag 2002; P. Hazan, *La justice face à la guerre: de Nuremberg à La Haye*, Stock, Paris 2000; H. Köchler, *Global Justice or Global Revenge? International Criminal Justice at the Crossroads*, Springer, Wien-New York 2003; D. Zolo, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Laterza, Roma-Bari 2006; B.N. Schiff, *Building the International Criminal Court*, Cambridge

University Press, Cambridge 2008; E.L. Lutz, C. Reiger (a cura di), *Prosecuting Heads of State*, Cambridge University Press, Cambridge 2009; E. Orrù, *Il tribunale del mondo. La giustificazione del diritto penale internazionale. Analisi, critica, alternative*, Emil, Bologna 2010 (ma per un quadro più ampio della letteratura sul tema vedi cap. 5).

¹⁷ Elazar Barkan ha dedicato un libro importante alla ricostruzione storica delle varie forme di politiche restitutive che sono state messe in opera nella seconda metà del XX secolo (appunto dalla Germania al Giappone, dalla questione dello schiavismo ai nativi americani e agli aborigeni australiani): E. Barkan, *The Guilt of Nations. Restitution and Negotiating Historical Injustices*, Norton, New York 2000.

¹⁸ Cfr. C. Verlage, *Responsibility to Protect. Ein neuer Ansatz im Völkerrecht zur Verhinderung von Völkermord, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, Mohr Siebeck, Tübingen 2008; D. Miller, *The Responsibility to Protect Human Rights*, in L.H. Meyer (a cura di), *Legitimacy, Justice and Public International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, pp. 232-251. Inoltre J. Rupperecht, *Frieden durch Menschenrechtsschutz. Strategien der Vereinten Nationen zur Verwirklichung der Menschenrechte Weltweit*, Nomos, Baden-Baden 2003; H. Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden 2005; M.E. Salomon, *Responsibility for Human Rights. World Poverty and the Development of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2008.

¹⁹ J.N. Maogoto, *War Crimes and Realpolitik. International Justice from World War I to the 21st Century*, Lynne Rienner, Boulder (Col.) 2004, p. 238; G. Robertson, *Crimes Against Humanity. The Struggle for Global Justice*, The New Press, New York 2000, pp. 203-204. Per una visione realistica delle potenzialità della giustizia penale internazionale A. Fischer-Lescano, G. Teubner, *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 2006, pp. 111-126.

²⁰ G.J. Bass, *Stay the Hand of Vengeance*, cit., pp. 28-29. "Liberal governments sometimes pursue war crimes trials; illiberal ones never have" (p. 8).

²¹ Cfr. H. König, *Von der Diktatur zur Demokratie*, cit., p. 382. Ampi materiali in M.C. Bassiouni (a cura di), *Post-conflict justice*, cit.

²² L. May, *Genocide. A Normative Account*, Cambridge

University Press, Cambridge 2010, pp. 242-243. Una sintesi degli argomenti *contra* in M.J. Osiel, *Why Prosecute? Critics of Punishment for Mass Atrocity*, "Human Rights Quarterly", 22 (2000).

²³ B. Schlink, *Die Bewältigung von Vergangenheit durch Recht*, in H. König, M. Kohlstruck, A. Wöll (a cura di), *Vergangenheitsbewältigung am Ende des Zwanzigsten Jahrhunderts*, cit., pp. 433-451.

²⁴ AA.VV., *Stay the Hand of Justice. Whose Priorities Take Priority?*, in R. Shaw, L. Waldorf (a cura di), *Localizing Transitional Justice. Interventions and Priorities after Mass Violence*, Stanford University Press, Stanford 2010, pp. 27-48. Si deve a D. Zolo, *La giustizia dei vincitori*, cit., pp. 140-141, una critica radicale dei fondamenti teorici del "globalismo giuridico". Sulla stessa linea E. Orrù, *Il tribunale del mondo*, cit., pp. 69-70, ha con notevole forza argomentativa sintetizzato le critiche alla fondatezza empirica, alla validità teorica e alla desiderabilità politica del diritto penale internazionale. Quanto alla dimensione teorica del problema, da questa prospettiva critica consegue che "la natura del diritto penale è difficilmente conciliabile con la struttura e l'organizzazione del potere internazionale" (centralizzazione vs. policentrismo) e che esiste un'insuperabile "tensione tra la dimensione collettiva e politica dei crimini internazionali e la dimensione strettamente individuale del procedimento penale" (pp. 84-85).

²⁵ M. Koskeniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, Cambridge University Press, Cambridge 2003, p. 500; A. Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2004; Id., *Die Evolution des Völkerrechts: Koloniale und postkoloniale Realitäten*, "Kritische Justiz", 42 (2009), pp. 49-63. Sul deficit di legittimità nel diritto internazionale anche molti contributi in L.H. Meyer (a cura di), *Legitimacy, Justice and Public International Law*, cit., in particolare D. Butt, "Victors' Justice"? *Historical Injustice and the Legitimacy of International Law*, pp. 163-185.

²⁶ D.S. Koller, *The Faith of the International Criminal Lawyer*, "New York University Journal of International Law and Politics", 40 (2008), p. 1068: "What is needed is a combination of faith with a certain amount of agnosticism". L'autore è Special Assistant to the

President, International Criminal Court. Analoghe considerazioni in A. Cassese, *Clemency versus Retribution in Post-Conflict Situations*, "Columbia Journal for Transnational Law", 46 (2007), pp. 7-8.

²⁷ T.D. Olsen, L.A. Payne, A.G. Reiter, *Transitional Justice. Comparing Processes, Weighing Efficacy*, United States Institute of Peace Press, Washington 2010, pp. 21-22, definisce moderata appunto questa "terza via". Analogamente E. Orrù, *Il tribunale del mondo*, cit., pp. 113-114, vede in queste esperienze alternative una via d'uscita dal "dilemma tra inazione o indifferenza da un lato e interventismo penale dall'altro".

²⁸ AA.VV., *Out of the Ashes. Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*, Intersentia, Antwerpen 2005; E. Barkan, A. Karn (a cura di), *Taking Wrongs Seriously. Apologies and Reconciliation*, Stanford University Press, Stanford 2006; D. Butt, *Rectifying International Injustice. Principles of Compensations and Between Nations*, Oxford University Press, Oxford 2009.

²⁹ Cfr. W. Hassemer, J.P. Reemtsma, *Verbrechensopfer. Gesetz und Gerechtigkeit*, Beck, München 2002; M. Schotsmans, *Victims' Expectations, Needs and Perspectives after Gross and Systematic Human Rights Violations*, in AA.VV., *Out of the Ashes*, cit., pp. 105-133; J.-M. Chaumont, *La concurrence des victims: genocide, identité, reconnaissance*, La Découverte, Paris 1997; R. Hughes, *Culture of Complaint. The Fraying of America*, Oxford University Press, Oxford 1993; B. Wolf, *Die Sorge des Souveräns. Eine Diskursgeschichte des Opfers*, Diaphanes, Zürich 2004.

³⁰ M. Baumann, *Zwischenwelten: Weder Krieg noch Frieden. Über den konstruktiven Umgang mit Gewaltphänomenen im Prozess der Konflikttransformation*, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2008, pp. 89-90.

³¹ R.E. Howard-Hassmann, M. Giney, *Introduction: Apologies and the West*, in AA.VV. (a cura di), *The Age of Apology. Facing Up to the Past*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 2008, p. 1: "We live in an age and a time that seeks to establish political truth, perhaps best exemplified by the creation of truth commissions in societies seeking to emerge from dictatorial pasts [...]. The truth commission phenomenon has been a non-Western affair. The West has its own demons to exorcise, although recognition of this has

materialized rather slowly. Still, Western states and institutions are beginning to deal with some of the harms that they have brought upon others. One means of doing this is to issue an apology. It would not be an exaggeration to say that apology has become the West's own version of the truth commission". Cfr. E. Barkan, *The Guilt of Nations*, cit., p. XIX; R.I. Rotberg, *Apology, Truth Commissions, and Intrastate Conflict*, in E. Barkan, A. Karn (a cura di), *Taking Wrongs Seriously*, cit., pp. 33-49.

³² Cfr. N. Tavuchis, *Mea culpa. A Sociology of Apology and Reconciliation*, Stanford University Press, Stanford 1991; H. Lübke, "Ich entschuldige mich". *Das neue politische Bussritual*, Siedler, Berlin 2001; P. Bruckner, *La tyrannie de la pénitance*, Grasset, Paris 2006.

³³ S.E. Eizenstat, *Imperfect Justice: Looted Assets, Slave Labor, and the Unfinished Business of World War II*, Public Affairs, New York 2004; L. Niethammer, *Beschädigte Gerechtigkeit. Zur Entschädigung von NS-Zwangsarbeitern als Paradigma*, in Id., *Ego-Histoire? Und andere Erinnerungsversuche*, Böhlau, Wien 2002, pp. 89-102.

³⁴ E. Barkan, *Deserving and Undeserving Victims: Political Context and Legal Framework of Hard Cases of Reparation*, in AA.VV., *Out of the Ashes*, cit., pp. 83-103.

³⁵ M. du Plessis, *Reparations and International Law: How Are Reparations to Be Determined (Past Wrong or Current Effects), Against Whom, and What Form Should They Take?*, in M. du Plessis, S. Peté (a cura di), *Repairing the Past?*, Intersentia, Antwerpen, Oxford 2007, pp. 147-148; J.A. Corlett, *Reparations to Native Americans?*, in A. Jokić (a cura di), *War Crimes and Collective Wrongdoing. A Reader*, Blackwell, Oxford 2001, pp. 236-269.

³⁶ Cfr. R.G. Teitel, *Transitional Justice*, cit.; M. Flores (a cura di), *Storia, verità, giustizia. I crimini del XX secolo*, Bruno Mondadori, Milano 2001; R. Mani, *Beyond Retribution. Seeking Justice in the Shadows of War*, Polity Press, Cambridge 2002; J. Torpey, *Politics and the Past. On Repairing Historical Injustices*, Rowman and Littlefield, Lanham 2003; N. Roht-Arriaza, J. Mariezcurrena (a cura di), *Transitional Justice in the Twenty-First Century. Beyond Truth versus Justice*, Cambridge University Press, Cambridge 2006; J.R. Quinn (a cura di), *Reconciliation(s)*, cit.; C. Steenkamp, *Violence and Postwar*

Reconstruction. Managing Insecurity in the Aftermath of Peace Accords, Tauris, London 2009; R. Shaw, L. Waldorf (a cura di), *Localizing Transitional Justice*, cit. (ma per ulteriori indicazioni bibliografiche si veda il cap. 9).

³⁷ H. Kaelble, *Sozialgeschichte Europas: 1945 bis zur Gegenwart*, Beck, München 2007, pp. 154-155. Sul fatto che la fenomenologia delle transizioni sia estremamente varia (transizioni da dove? quanto a lungo? verso che cosa?) D.A. Crocker, *Transitional Justice and International Civil Society*, in A. Jokić (a cura di), *War Crimes and Collective Wrongdoing*, cit., pp. 272-273.

³⁸ Cfr. M. Pape, *Die humanitäre Intervention. Zur Bedeutung der Menschenrechte in den Vereinten Nationen*, Nomos, Baden-Baden 1997; R. Paris, *At War's End. Building Peace after Civil Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge 2005; AA.VV., *The UN's Role in Nation-Building. From the Congo to Iraq*, Rand Corporation, Santa Monica 2005; W.J. Durch (a cura di), *Twenty-First Century Peace-Operations*, United States Institute of Peace, Washington 2006; H. Münkler, K. Malowitz (a cura di), *Humanitäre Intervention. Ein Instrument aussenpolitischer Konfliktbearbeitung. Grundlagen und Diskussion*, VS, Wiesbaden 2008; S. Grimm, *Erzwungene Demokratie. Politische Neuordnung nach militärischer Intervention unter externer Aufsicht*, Nomos, Baden-Baden 2009; R. Paris, T.S. Sisk (a cura di), *The Dilemmas of Statebuilding. Confronting the Contradictions of Postwar Peace Operations*, Routledge, London 2009; E. Newman, R. Paris, O.P. Richmond (a cura di), *New Perspectives on Liberal Peacebuilding*, United Nations University Press, Tokyo 2009; J. Krause, Ch. King Mallory IV (a cura di), *International State Building and Reconstruction Efforts. Experience Gained and Lessons Learned*, Budrich, Opladen 2010.

³⁹ Per un'analisi dettagliata del problema G.H. Fox, *Humanitarian Occupation*, Cambridge University Press, Cambridge 2008.

⁴⁰ Una notevole quantità di materiali è ricavabile dalla rivista inglese "Civil Wars", ormai alla sua dodicesima annata. Per un'analisi teorica e per una comparazione storica H.-W. Krumwiede, P. Waldmann (a cura di), *Bürgerkriege: Folgen und Regulierungsmöglichkeiten*, Nomos, Baden-Baden 1998.

⁴¹ F. Fukuyama, "Stateness" First, "Journal of Democracy", 16

(2005), pp. 84-88. R. Paris, *Wenn die Waffen schweigen*, Hamburger Edition, Hamburg 2007, pp. 325-326, usa la formula “Institutionalisierung vor Liberalisierung” per esprimere la stessa idea: prima si devono instaurare istituzioni efficienti (nel garantire innanzitutto la sicurezza), dopo verranno il mercato, la società civile, la democrazia e i diritti umani.

⁴² M. Baumann, *Zwischenwelten: Weder Krieg noch Frieden. Über den konstruktiven Umgang mit Gewaltphänomenen im Prozess der Konflikttransformation*, cit., pp. 89-91.

⁴³ M. Freeman, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, p. 6: “The obligation to investigate, prosecute, and punish serious human rights violations corresponds to the right to justice (or the right to an effective remedy); the obligation to investigate and identify victims and perpetrators of serious human rights violations corresponds to the right to truth (or the right to know); the obligation to provide restitution and compensation for serious human rights violations corresponds to the right of reparation; and the obligation to prevent serious human rights violations corresponds to the right to guarantees of nonrepetition”.

⁴⁴ J. Elster, *Chiudere i conti. La giustizia nelle transizioni politiche*, cit., p. 118.

⁴⁵ Cfr. in particolare il volume a cura di R. Shaw, L. Waldorf, *Localizing Transitional Justice*, cit., pp. 3-4.

⁴⁶ P. Norris, R. Inglehart, *Sacro e secolare. Religione e politica nel mondo globalizzato*, il Mulino, Bologna 2007, pp. 51-53.

⁴⁷ Cfr. H. Bielefeldt, W. Heitmeyer (a cura di), *Politisierte Religion. Ursachen und Erscheinungsformen des modernen Fundamentalismus*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1998; M. Gauchet, *La religion dans la démocratie*, Gallimard, Paris 1998; F.W. Graf, *Die Wiederkehr der Götter. Religion in der modernen Kultur*, Beck, München 2004; K.-H. Ladeur, I. Augsberg, *Toleranz – Religion – Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2007.

⁴⁸ M.A. Weingardt, *Religion macht Frieden. Das Friedenspotential von Religionen in politischen Gewaltkonflikten*, Kohlhammer, Stuttgart 2007, pp. 22-24.

⁴⁹ R.S. Appleby, *Ambivalence of the Sacred. Religion, Violence and Reconciliation*, Rowman and Littlefield, Lanham (Mass.) 2000; J.

Assmann, *Non avrai altro Dio: il monoteismo e il linguaggio della violenza*, il Mulino, Bologna 2007; A. Angenendt, *Toleranz und Gewalt. Das Christentum zwischen Bibel und Schwert*, Aschendorff, Münster 2007; U. Beck, *Der eigene Gott. Von der Friedensfähigkeit und dem Gewaltpotential der Religionen*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 2008.

Parte prima
Rese dei conti

Revenge his foul and most unnatural murder.

Shakespeare, *Hamlet, Prince of Denmark*

1. Vendetta

Si cita spesso il detto di Clausewitz, secondo cui la guerra sarebbe la prosecuzione della politica con altri mezzi. Non meno appropriato è affermare che la politica condotta dopo una guerra – e in particolare una guerra civile – è sotto diversi profili la prosecuzione della guerra con altri mezzi.¹ Ciò vale in generale per varie modalità di politica del passato; ma vi è un momento dell'immediato dopoguerra (che in taluni casi si protrae per mesi o per anni) in cui *logica e mezzi* della guerra continuano a dominare gli eventi, sia pure su scala ridotta e spesso senza quei requisiti di razionalità propri del calcolo strategico, in quegli spazi di anomia che necessariamente si aprono nel corso di ogni processo di transizione. È questo il momento della brutale resa dei conti, delle epurazioni selvagge, delle vendette indiscriminate.

Nella storia, a conclusione di guerre e guerre civili, la virtù della *clementia*, che per esempio Cicerone amava raccomandare, è stata praticata piuttosto di rado. La commozione per le sofferenze del nemico sconfitto, grandiosamente espressa da Eschilo nei *Persiani*, appare un'eccezione. A prevalere piuttosto, dopo il patimento di tanti mali, è la vendetta, vale a dire una reiterazione delle violenze, che non di rado alimenta una nuova escalation cui solo l'esaurimento delle forze sembra poter mettere fine.² Alla vendetta è preclusa però la misura della giustizia – per il suo universo di senso vale il detto di Seneca: “La ragione vuole che si giudichi quello che è giusto, l'ira vuole che paia giusto quel che ha giudicato” (*De ira*, I, 18). E l'ira (*menis*), come ancora di recente è stato argomentato in riferimento al verso d'apertura dell'*Iliade*, è al principio della nostra storia, è “la prima parola dell'Europa”.³

Vero è, però, che nella società arcaica la definizione di che cosa sia giustizia sembra acquisirsi per successive approssimazioni entro un diagramma di forze vendicatrici. Nella tragedia classica, le Erinni, selvagge e sanguinarie, esigono pene feroci, non solo la morte ma l'accecamento, la castrazione, la lapidazione: pratiche barbare in

contrasto con la misura della civiltà di Apollo, che pretende la domesticazione delle Erinni in Eumenidi. Ma la contrapposizione tra la barbarie della vendetta e la civiltà del diritto resta prigioniera di uno schema di filosofia della storia che è legittimo sottoporre a revisione critica. Diritto e vendetta sono connessi – e questo parla, per dirla con una formulazione provocatoria, “non contro il diritto ma a favore della vendetta”.⁴ La vendetta è certo, come sostiene Sloterdijk, la “forma progettuale dell’ira”, ma anche una modalità del comportamento umano che poggia sul principio di reciprocità e ha un contenuto morale: a muoverla è l’impulso al ristabilimento di un equilibrio che scatta in chi ha patito dei torti irreparabili.⁵ L’enormità delle ingiustizie sofferte ne può, talvolta, legittimare l’assenza di misura.

È difficile orientarsi nella fenomenologia della violenza – distruzioni, saccheggi, massacri, linciaggi, stupri, espulsioni, deportazioni – cui sempre nella storia si è fatto ricorso per vendicare quelli che dagli attori erano considerati torti inaccettabili o per punire la *hybris* di chi non voleva piegarsi a un potere irresistibile. Vi sono rese dei conti collettive e individuali (per così dire una dimensione macro e una dimensione micro), militari e civili, organizzate e spontanee. La forma collettiva di resa dei conti è rappresentata in primo luogo dalla rappresaglia militare, cui persino il diritto internazionale umanitario del nostro tempo continua a riconoscere una pur limitata legittimità.⁶ La resa dei conti collettiva al di fuori di ogni paradigma di legalità è esemplificata dalla pulizia etnica, in cui massacri, espulsioni e deportazioni contribuiscono a generare un’enormità di violenze. In ragione dei motivi e delle conseguenze occorrerebbe distinguere tra più modalità di espulsioni e deportazioni: quelle che avvengono a) per ragioni di politica interna e sono causate dagli interessi dell’etnia dominante più che da insubordinazione dell’etnia dominata, b) per ragioni di politica interna, ma come rappresaglia nei confronti di rivolte e varie forme di insubordinazione e resistenza, c) per ragioni militari, in previsione di una guerra o nel corso di una guerra, d) come rappresaglia nei confronti di un gruppo etnico appartenente a uno stato sconfitto.

I grandi rivolgimenti storici sono poi indubbiamente terreno fertile anche per lo scatenarsi della violenza anomica interindividuale. È questo l’ambito della *giustizia privata*, messa in atto da gruppi armati irregolari – illegali per il precedente ordinamento e spesso non

legalizzati dal nuovo – o semplicemente da individui contro altri individui per motivazioni in cui gli elementi politici possono intrecciarsi agli interessi e alle vendette personali: essa sfocia in un’epidemia di omicidi, che finiscono per legittimarsi a vicenda, secondo la logica propria della vendetta. Ciò è accaduto regolarmente nel mondo antico e nelle epoche seguenti – e le pagine degli storici classici sono una miniera di esempi –, in Europa e in ogni altra parte del mondo; è accaduto in Francia nel corso della rivoluzione e dopo il 1815, e nuovamente in molti paesi europei al termine della Seconda guerra mondiale.⁷

Alle guerre del mondo antico sono consustanziali le rappresaglie, la politica della terra bruciata vi è praticata non senza ideologico compiacimento. La vendetta esercitata sui nemici va dallo sterminio di soldati e civili, spesso senza distinzione, dopo l’assedio delle città, alle deportazioni di massa e alla riduzione in schiavitù di intere popolazioni.⁸ I greci disponevano significativamente di un concetto, *andrapodismos*, che designava congiuntamente le fattispecie della deportazione e della riduzione in schiavitù.⁹ Fra le grandi rappresaglie memorabili possiamo menzionare la distruzione di Melo, quella di Cartagine, quella di Selinunte, il cui abbattimento avvenne, se diamo fede alle fonti, al prezzo di 16.000 morti e 5000 prigionieri. Ma gli storici ci hanno tramandato anche testimonianza di forme di vendetta più raffinate: a conclusione della guerra combattuta tra Atene e Samo (441-439 a.C.), la vendetta di Pericle consistette non solo nella feroce uccisione dei prigionieri ma anche nella loro marchiatura. Gli ateniesi marchiarono i sami con la civetta, dopo che i sami avevano marchiato i loro prigionieri con la samena (la nave dell’isola).¹⁰

Paradigma storico della resa dei conti violenta nel passaggio da un regime democratico a uno oligarchico è il terrore dei Trenta tiranni nell’Atene del 404 a.C. Dopo i primi processi regolari, in particolare quello contro Dionisodoro e coloro che si erano opposti alla pace con Sparta (Lisia, XIII, 50), le condanne senza processo si susseguono. Le fonti forniscono cifre impressionanti delle esecuzioni: 1500 cittadini ateniesi, anche secondo il resoconto che ce ne ha dato la (pseudo)aristotelica *Costituzione degli Ateniesi*, dunque il 5 per cento di una cittadinanza che alla fine del V secolo era arrivata a 30.000 unità, ma la cifra sale a 2500 includendo i meteci, delle cui ricchezze i Trenta

erano ben decisi a impadronirsi.¹¹ Un'analoga resa dei conti si rischiò con il ritorno dei democratici al Pireo – e solo la prudenza, o forse la debolezza, di capi come Trasibulo la scongiurarono facendo ricorso all'amnistia. Un problema già ben noto al mondo antico è quello del collaborazionismo. Tutti i 3000 cittadini rimasti in Atene sotto la tirannia dei Trenta erano esposti a questa accusa, e l'amnistia (vedi oltre, cap. 6) sarebbe stata finalizzata proprio a disinnescare la minaccia latente di una nuova *stasis* risultante da tale situazione.¹²

L'assenza di un apparato di polizia nella Roma repubblicana, nell'ultima fase della sua storia, soprattutto a partire dai tumulti innescati dalle riforme dei Gracchi, rese endemica la violenza – indubbiamente di matrice politica, ma più spesso intrecciata con motivazioni patrimoniali e rancori personali.¹³ E neppure nella storia romana scarseggiano gli esempi di contaminazione tra la giustizia e il linciaggio nel corso dei conflitti civili. La giustizia popolare, con le sue forme chiaramente definite, *lapidatio*, *occantatio*, *flagitatio* – qualcosa di piuttosto simile a quanto noi definiamo linciaggio –, vi era riconosciuta, talvolta incoraggiata (per la punizione di certi tipi di furto), spesso tollerata, e solo nel caso dell'*occantatio* espressamente dichiarata illegale.¹⁴ *Vim vi repellere licet* – così argomentava il senso comune. È del resto ovvio che, dove la guerra civile è latente, sia inevitabile che ricorrano episodi di resa dei conti violenta. La *Lex Cornelia de sicariis* è un documento impressionante di come nella tarda repubblica l'illegalità si fosse trasformata in pratica quotidiana.

Per secoli le rese dei conti violente non sono soltanto state la norma, ma hanno goduto spesso anche di una legittimazione orchestrata dall'alto e potenziata dal plusvalore della sacralizzazione. Il massacro di ebrei e musulmani a Gerusalemme, a conclusione della prima crociata (1099), fu festeggiato da processioni e da un grande *Te deum*; la notte di San Bartolomeo (23 agosto 1472), con il suo strascico di susseguenti massacri che fecero in tutto il regno tra le 20.000 e le 30.000 vittime, fu analogamente festeggiato dal cardinale di Lorena con un *Te deum* alla presenza del papa Gregorio XIII (8 settembre 1472), e non fu oggetto di alcuna sanzione penale; il massacro di Glen Coe (1692), perpetrato a freddo contro quegli scozzesi che si erano rifiutati di prestare giuramento di fedeltà a Guglielmo II, fu oggetto in verità, tre anni più tardi, di una Commissione parlamentare d'indagine che ebbe

modo di ascoltare testimoni e porsi, in modo non troppo difforme da un organo equivalente nel nostro tempo, la questione dell'accertamento delle responsabilità individuali. Ma la Commissione, contro ogni evidenza fattuale, scagionò il re rigettando la colpa sul segretario di Stato per gli affari scozzesi, Dalrympe, che a sua volta sarebbe stato graziato dal re. In questo caso, almeno, le vittime scozzesi poterono avvalersi di un risarcimento simbolico, l'espressione del rincrescimento regale per il "barbarous murder".¹⁵

Perseguendo la neutralizzazione della violenza all'interno e la sua regolamentazione nei conflitti armati interstatali, il processo di civilizzazione ha operato nel senso di una messa al bando della vendetta. Il mondo moderno, con lo sviluppo del diritto internazionale, ha posto per esempio fine al trattamento inumano dei prigionieri e alla loro schiavizzazione (con il colonialismo, la schiavitù fu semmai esternalizzata o divenne oggetto di transazione economica). Nondimeno, anch'esso ha continuato a praticare varie forme di resa dei conti dopo guerre e guerre civili, dalla vendetta privata alle sistematiche persecuzioni. Con il paradigma della guerra interstatale regolato dallo *jus in bello* si afferma anche l'eccezione della guerra irregolare, in particolare nelle forme della guerra partigiana e della guerra rivoluzionaria; e con esse si diffondono nuove modalità di praticare la giustizia sommaria in tribunali rivoluzionari e corti speciali.

Esecuzioni sommarie, epurazioni, processi davanti a tribunali speciali, o comunque operanti in base a una logica eminentemente politica (in cui il diritto è impiegato per obbligare gli amici e per contrastare i nemici), sono fenomeni che nel mondo antico si collocano su un *continuum* dove è spesso difficile tracciare quelle distinzioni nette che la modernità politica ha reso possibili. Ma l'intreccio di giustizia militare e giustizia rivoluzionaria è una vicenda tipicamente moderna. Nelle rivoluzioni moderne è insita una predisposizione alle persecuzioni, come in particolare mostra la Rivoluzione francese con la sistematica liquidazione dell'aristocrazia e degli oppositori politici,¹⁶ con la brutale repressione dei contadini e con l'intenzionale sterminio per fame attraverso la distruzione dei raccolti in Vandea: l'insieme di queste pratiche persecutorie inaugura un *paradigma democidario* che dispiegherà tutto il suo potenziale distruttivo, contro i nemici di classe, nell'Unione Sovietica del XX secolo.¹⁷ Ma rapportata ai dati

demografici e alla macchina repressiva a disposizione, la tana topolitica della Rivoluzione francese consegue risultati già di tutto rispetto: la guerra civile tra il 1789 e il 1794 costa la vita a circa 300.000 individui, per la maggior parte civili; la guerra in Vandea, tra l'aprile 1793 e il luglio 1794, fa almeno altri 100.000 morti, stime più precise arrivano a 117.000. Su 53.000 case censite in questa regione un quinto viene distrutto.¹⁸

La rivoluzione è un grande laboratorio per l'istituzionalizzazione del processo politico e la ricerca del capro espiatorio che deve pagare per tutti. Con le purghe rivoluzionarie s'inaugura un paradigma persecutorio che il totalitarismo del XX secolo dovrà solo perfezionare: prima ci si vendica dei nemici di ieri, poi degli alleati di ieri, poi anche dei seguaci più fedeli, sospettati, proprio in virtù della loro fedeltà, di dissimulare complotti e congiure. Dai crimini commessi nella guerra in Vandea ha origine (dicembre 1794) un processo politico che è stato accostato a quello di Norimberga. Uno degli esecutori delle repressioni, Carrier, appare già ai suoi contemporanei come "un grand criminel contre les droits fondamentaux des hommes".¹⁹ Teatro di indiscriminate rese dei conti è poi il cosiddetto Terrore bianco.²⁰ Alla Restaurazione, dopo i Cento giorni, nella Francia meridionale si ebbero linciaggi di generali e detenuti filonapoleonici e persecuzioni dei proprietari di beni nazionali. Nel Gard la reazione si manifesta con massacri nelle carceri e una catena di arresti arbitrari. La resa dei conti con l'eliminazione dei protestanti appare lungi dall'essere spontanea: erano state preparate liste di ricchi protestanti. Il terrore si espande dalla città di Nimes alle campagne.²¹

Il XX secolo, secolo degli estremi e dei genocidi, ha conosciuto la resa dei conti in tutte le sue forme, dalle espulsioni forzate alle deportazioni, dai massacri della pulizia etnica alle vendette spontanee che ricorrono alla caduta delle dittature e dei regimi totalitari.²² Nella fase di transizione dell'immediato secondo dopoguerra i procedimenti giudiziari non solo non impedirono (e non potevano farlo) che avessero luogo isolate e sporadiche rese dei conti individuali o di piccoli gruppi, che si facesse ricorso al linciaggio, alla tortura e al marchio d'infamia, ma si trovarono a coesistere proprio con processi collettivi di resa dei conti nella forma di espulsioni e deportazioni. Lo sradicamento di intere popolazioni dai territori di loro stabile insediamento – un crimine

giuridico non solo sotto il profilo di un normativismo umanitario ma anche nella prospettiva di una concezione concretistica per la quale il diritto è “unità di ordinamento e localizzazione” (“Einheit von Ordnung und Ortung”)²³ – ha così continuato a rappresentare la specifica forma geopolitica della resa dei conti.

Già durante la prima guerra balcanica (1912-1913) circa 100.000 turchi sono costretti a lasciare la Macedonia e la Tracia occidentale. Con la Pace di Costantinopoli (1913) viene stipulato il primo trattato che ha per oggetto uno scambio di popolazione.²⁴ Il fenomeno assume proporzioni gigantesche durante e dopo la Seconda guerra mondiale, e ha indubbiamente il carattere della resa dei conti: basti pensare alle deportazioni dei polacchi verso l'Asia centrale dopo l'invasione sovietica (senza dichiarazione di guerra), sulla base del patto Ribbentrop-Molotov, agli 11 o 12 milioni di profughi tedeschi dall'Europa orientale (in particolare dalla Polonia) alla fine della Seconda guerra mondiale (di questi circa 2,5 milioni incontrarono per varie cause la morte), dopo che la Wehrmacht e le organizzazioni naziste incaricate di funzioni di polizia e soprattutto di attuare la “soluzione finale” avevano ucciso soltanto in Polonia 6 milioni di persone (per metà cattolici polacchi, per l'altra metà ebrei).²⁵ Anche se gli Alleati condannavano il principio della punizione collettiva, in pratica lo tollerarono ampiamente nell'Europa orientale. Nelle zone di occupazione sovietica le persecuzioni furono particolarmente feroci ed ebbero come oggetto diverse nazionalità. I tedeschi internati in Germania nella Zona d'occupazione sovietica fino alla fine del 1946 furono circa 130.000, almeno 380.000 i civili tedeschi deportati in Urss: un terzo di essi non sopravvisse.²⁶

Complesso è peraltro il problema del rapporto tra regimi totalitari e resa dei conti. Innanzitutto andrebbe osservato che è connaturata a questo regime stesso quella che potremmo chiamare *l'istituzionalizzazione della resa dei conti*. La creatività politica dei regimi totalitari è meramente reattiva – in funzione della sistematica rappresaglia contro quello che è percepito come il nemico assoluto, che non basta rendere inoffensivo ma occorre disumanizzare e poi annientare. La vendetta e il risentimento (nei confronti dei traditori, si pensi soltanto al peso dei costrutti cospiratori e della leggenda della “pugnalata alle spalle” nell'ideologia nazionalsocialista) sono le

motivazioni che sorreggono le innovazioni istituzionali e l'agire ordopoietico di tali regimi. L'immaginario del totalitarismo è ossessionato dall'imperativo della criminalizzazione del nemico e dalla coazione a neutralizzare ogni meccanismo inibitorio di una violenza che deve appunto servire alla resa dei conti conclusiva. La giustizia politica del *Volksgerichtshof* nazista, i processi-farsa staliniani sono di ciò documenti di terribile evidenza.

In secondo luogo, un tratto distintivo di questi regimi va individuato nella loro *capacità di paralizzare la resistenza* a essi e quindi, nel momento del crollo, di inibire la resa dei conti. Sotto questo profilo la vicenda della Germania nazista è ancora una volta esemplare: non solo l'assenza di un movimento di resistenza armata paragonabile a quello di altri paesi europei ma anche l'irrilevanza di episodi d'insubordinazione collettiva sono un indicatore dell'asservimento totale della popolazione. La Germania offre semmai l'esempio di una "resistenza" posta in essere dal potere totalitario. L'organizzazione della guerriglia partigiana e di attività terroristiche e di sabotaggio da parte dell'organizzazione Werwolf, costituita da Himmler nel settembre 1944 (l'idea era nata quando truppe alleate avevano messo piede su suolo tedesco), più che a una logica strategica risponde a una volontà di resa dei conti con la stessa nazione tedesca.²⁷ Nella fase terminale del conflitto, in qualche modo, non fu la popolazione ad abbandonarsi alla resa dei conti con un regime che l'aveva trascinata nella tragedia, ma il regime a tentare un'estrema, disperata resa dei conti con il popolo che non lo aveva sostenuto in modo totale (una sorta di criminalizzazione invertita, portata al parossismo dai regimi totalitari comunisti, da Stalin a Pol Pot).

Alla costellazione della resa dei conti appartengono soprattutto le vendette partigiane: un grande e tragico capitolo della storia europea del Novecento, per la intrinseca problematicità dei confini tra violenza rivoluzionaria, vendetta privata, linciaggio, giustizia sommaria. La difficoltà, talora l'impossibilità di distinguere tra le file degli oppressori capi e gregari (gli effettivi esecutori delle stragi), semplici militanti e fanatici, fiancheggiatori e profittatori, carnefici e vittime divenute per costrizione complici, ha certamente macchiato anche con episodi infamanti quella storia. Ma le vendette partigiane vanno viste e valutate nel contesto dell'enormità di crimini di guerra che le formazioni militari

e i corpi speciali della Germania nazista e dei suoi alleati (non da meno sarebbero state le armate sovietiche nella loro controffensiva) avevano commesso nel corso della guerra.²⁸ All'inasprimento della resa dei conti contribuiscono anche le attività terroristiche di un regime totalitario in difficoltà. È per esempio l'apoteosi della violenza che si celebra nell'Italia di Salò – con i suoi macabri rituali, la diffusione della pratica della tortura, l'esposizione dei corpi trucidati, la profanazione dei cadaveri per negare anche dignità ai morti – a creare le condizioni per quella radicalizzazione della resa dei conti che avrà il suo epilogo in piazzale Loreto. La lunga incubazione della violenza ha agito anche qui, come in molte altre situazioni storiche, da potenziatore della resa dei conti.²⁹

Accanto all'enormità delle violenze patite, è la sfiducia nella volontà di fare giustizia degli apparati giudiziari collusi con il precedente regime a legittimare l'istituzione di tribunali speciali e il ricorso a modalità di giustizia sommaria. Una motivazione che, in assenza di uno stato che si potesse far carico della loro domanda di giustizia, doveva apparire particolarmente cogente a quelle formazioni di partigiani ebrei isolate e marginali che si formarono a conclusione della Seconda guerra mondiale: autonome formazioni di vendicatori, come quella dei fratelli Bielski, o l'Organizzazione partigiana ebraica di Abba Kovner e di Leikke Distel, presso i quali agivano anche la frustrazione e il risentimento per il collaborazionismo dei *Judenräte*.³⁰ Non andrebbe sottovalutato in queste eccezionali congiunture storiche il potenziale liberatorio della vendetta, che impedisce quell'accumulo di risentimento che può, non meno che episodi isolati di violenza, avvelenare il clima della ricostituita convivenza civile.³¹ Dopo l'orgia di violenza di un regime persecutorio, il ricorso ad azioni di vendetta esemplare può significare non solo istigazione alla guerra civile ma anche un passo necessario verso la chiusura dei conti.

Il caso di due paesi, l'Italia e la Francia, confrontati con l'esperienza del collaborazionismo, presenta in questo contesto diversi motivi d'interesse. Il fatto che in entrambi abbia avuto luogo, alla fine della guerra, una resa dei conti sanguinosa è per un verso conseguenza dell'intreccio di guerra civile e guerra di liberazione nazionale, per altro verso indicatore che né il fascismo italiano né il regime di Vichy avevano esercitato sulla nazione la presa di un regime compiutamente

totalitario. Per quanto concerne l'Italia, furono tra 10.000 e 15.000 le vittime dell'epurazione selvaggia e delle vendette, concentrate appunto in quelle regioni in cui la guerra civile era venuta coniugandosi alla guerra di liberazione e in cui la repressione del regime di Salò, ma anche la memoria della brutalità dello squadristo delle origini, avevano particolarmente inasprito gli animi. La radicalità di questa violenta resa dei conti nel caso italiano va posta in connessione anche con il fallimentare esito delle epurazioni negli apparati di stato durante il biennio 1943-1945.³²

Assai pesante fu il regolamento dei conti anche in Francia. I resistenti vi proclamarono una dottrina che il movimento Défense de la France (il suo giornale clandestino tirava quattrocentomila copie) definì “le devoir de tuer”, dovere dettato dalla necessità di liberare il paese, arrestare le persecuzioni, punire i *collaborateurs* e vendicare i morti. Le cifre, nelle prime ricostruzioni del dopoguerra indubbiamente esagerate, sono considerevoli anche per la Francia: sono stimate circa 10.000 esecuzioni sommarie.³³ Molte sono anche le vittime di tribunali militari improvvisati (il caso dei 76 militi condannati a morte da un simile tribunale, a Grand-Bornand, nei pressi di Annecy, è uno degli episodi più clamorosi). Anche qui, il ricorso a queste vendette fu favorito dalla lentezza con cui si attivarono le istituzioni giudiziarie e dalle incertezze relative all'epurazione degli apparati di stato. Fra le pratiche di stigmatizzazione dei collaboratori del regime nazista in Europa alla fine della Seconda guerra mondiale va annoverata la tosatura delle donne che avevano avuto (o furono accusate di aver avuto) relazioni intime con i militari delle forze occupanti (quella che sarcasticamente in Francia si chiamò, dopo il ritiro dei tedeschi all'avanzare degli alleati, la “pettinatura 1944” delle “*femmes à boches*”).³⁴

Ancor più cruenti furono gli scenari del dopoguerra nell'Est Europa.³⁵ Per limitarsi alla sola Jugoslavia, che negli anni novanta ha avuto, non inspiegabilmente, i tragici strascichi cui i media hanno dato il dovuto rilievo, durante la Seconda guerra mondiale vi morirono circa 1,7 milioni di persone, per lo più civili, un decimo della popolazione complessiva. In questo spaventoso bilancio le brutali vendette e rappresaglie a freddo ebbero un rilievo del tutto eccezionale. Solo nei lager croati vennero eliminati prima del crollo del regime filonazista almeno 60.000 persone, forse 100.000, tra civili e militari

prevalentemente di nazionalità serba. Alla fine del conflitto l'esodo croato sfociò nella tragedia di Bleiburg, nelle marce forzate dei prigionieri, negli internamenti e nelle esecuzioni sommarie (un minimo di 60.000 morti, ma non si dispone di dati precisi). In questo contesto si moltiplicarono gli omicidi per vendetta, mentre, se si prescinde dalla prosecuzione della guerra con altri mezzi a opera dei tribunali militari e delle corti speciali delle formazioni partigiane, non vi furono praticamente procedimenti giudiziari (l'unica eccezione è il processo contro il vescovo di Zagabria Alojzije Stepinac, fanatico sostenitore degli ustascia), realizzandosi una condizione d'impunità per i massacratori.³⁶ A spiegare le furiose rese dei conti balcaniche, che non hanno termine di paragone nell'Europa del dopoguerra, possono essere addotte la secolare incubazione della violenza nella regione, l'accumulo dei conflitti etnici, l'intreccio di guerra di liberazione, guerra civile, guerra di classe, guerra etnica, e ancora l'assenza di alternative (processi, epurazioni amministrative) in condizioni di pressoché totale anomia.

Quali sono le conseguenze delle epurazioni selvagge sul futuro delle società e dei regimi politici? Dato il numero delle variabili in gioco, l'individuazione di leggi generali della transizione non sembra possibile. Nel complesso, queste vicende consentono soltanto alcune generalizzazioni di più modesta portata e di natura probabilistica. In primo luogo, se a un precedente regime totalitario ne subentra uno di natura affine, anche se di segno ideologico opposto, una resa dei conti ha sicuramente luogo, e non è destinata a concludersi rapidamente ma piuttosto a essere proseguita nella forma dei processi-farsa o di altre misure arbitrarie di carattere persecutorio (il nuovo regime riproduce il meccanismo dell'istituzionalizzazione della resa dei conti). Solo i governi democratici sono in grado di porre fine alla resa dei conti (il che non implica che sempre vi riescano o vi riescano in tempi rapidi). Nella transizione da una dittatura a una democrazia gioca un ruolo importante l'*istituzionalizzazione dell'oblio*: quanto più elevato è stato il livello di violenza, tanto maggiore risulterà la necessità di concludere o di consolidare quel processo di transizione con un'amnistia. In ogni caso, la durata e l'entità delle epurazioni selvagge dipenderà dalla volontà e dalla capacità del nuovo regime di mettere in moto la macchina della giustizia ordinaria.³⁷

La misura dello scatenamento o del contenimento di desideri di vendetta nel corso di una transizione di regime risulta pertanto condizionata da una molteplicità di fattori, fra i quali tre rivestono un ruolo preponderante: a) il tasso di violenza arbitraria e di crudeltà imputabile al precedente regime o a determinati settori di esso; b) la tempestività del nuovo regime o dei suoi attori più significativi nel riprendere il controllo della situazione e imporre regole giuridiche condivise; c) il grado di interiorizzazione delle norme giuridiche o, per converso, il tasso di anomia presente nella popolazione. L'infinita casistica storica non fa che mostrare come, in situazioni di transizione, i desideri di vendetta di origine emotiva risultino sempre più forti del desiderio di realizzare quanto è prescritto dalla giustizia imparziale.³⁸ Quello che si può poi rilevare più specificamente è il fatto che nel caso delle guerre civili la vendetta precede, e spesso ancora accompagna, la resa dei conti giudiziaria. A voler considerare le cose con il necessario disincanto, quest'ultima costituisce *anche* una legittimazione *ex post* di quelle azioni di vendetta.

Ma la vicenda delle violente rese dei conti non si è certamente conclusa con la Seconda guerra mondiale. In Europa essa ha conosciuto un tragico strascico nelle guerre balcaniche degli anni novanta. Per quanto oggetto di congiunturale e saltuaria attenzione dei media, meno universalmente conosciuti, e meno precisamente documentati, perché ancor sempre rimossi, restano gli scenari di vendetta e ritorsione violenta che hanno insanguinato il Sud del mondo negli ultimi decenni, dove ancora è in atto la *resa dei conti differita* con la violenza dei regimi coloniali – anche questo un fenomeno di lunga incubazione della violenza (che ha assunto in particolare con il fondamentalismo islamico dimensioni enormi fra gli sconfitti della modernizzazione). Anche qui gli esempi si potrebbero moltiplicare e vanno dai casi più tragici di genocidio, come quello ruandese del 1994, che si svolse sotto gli occhi di un'impotente forza internazionale dell'Onu, agli almeno 400 linciaggi che ebbero luogo in Guatemala all'indomani degli accordi di pace del 1996 e del 2002: due esempi, tra loro qualitativamente e quantitativamente assai diversi, che tuttavia servono a mettere in luce le nuove e inquietanti dimensioni del fenomeno. L'assenza di istituzioni statali ha permesso alle rese dei conti di prolungarsi nel tempo o di raggiungere l'intensità sterminatoria del genocidio, mentre nella

maggior parte dei casi la presenza di forze internazionali di pace si è rivelata incapace di arrestare, o quantomeno di contenere, le violenze.

Per concludere con il caso che più suscita orrore,³⁹ va menzionata la resa dei conti (che alcuni osservatori non esitano a qualificare a sua volta come genocidio) consumatasi, soprattutto dopo il 1996, come vendetta sui profughi hutu nelle province orientali del Congo dopo la fine del genocidio ruandese (dove le vittime erano state, o si erano trovate, dalla parte dei carnefici). Proprio nell'estate 2010 hanno cominciato a circolare i risultati, non ancora pubblici, di un rapporto dell'Alto commissariato per i diritti dell'uomo sui crimini commessi in Congo (Zaire e poi Repubblica democratica del Congo) tra il 1993 e il 2003, in particolare durante le due guerre del Congo (1996-1998 e 1998-2003).⁴⁰ Sotto l'egida (e la copertura) dell'Alleanza delle forze democratiche per la liberazione del Congo, una coalizione creata a Kigali nell'ottobre 1996, sotto il comando di Laurent-Désiré Kabila – forze militari di più nazioni, inclusi Ruanda, Burundi e Uganda – penetra nell'area del Congo dove, dopo il rientro dell'Armata patriottica ruandese – il fronte tutsi capitanato da Paul Kagame – si era addensato oltre un milione di hutu, massacrandone alcune decine di migliaia (incluse donne, vecchi e bambini).

Circa il permanere di condizioni di violenza endemica all'indomani di una guerra civile si possono infine trarre alcune conclusioni proprio da queste più recenti esperienze. Come Christina Steenkamp ha persuasivamente mostrato in un recente lavoro, il successo di una pacificazione negoziata non può essere riduttivamente misurato sulla base della diminuzione della violenza *politica*. Altre forme di violenza possono infatti continuare a plasmare il corso degli eventi, per esempio in conseguenza della conversione di organizzazioni armate da soggetti con finalità prevalentemente politiche a soggetti con finalità prevalentemente criminali. Assai spesso accade che accordi di pace stipulati tra élite abbiano una modesta ricaduta a livello locale: lontano dai centri del potere, nelle periferie, il livello di conflittualità resta alto, e basso, di conseguenza, risulta il tasso di sicurezza. Inevitabilmente, il proliferare di una violenza anomica e ingovernabile ostacola la ricostruzione delle infrastrutture economiche e politiche e la rinascita della società civile.⁴¹

NOTE

¹ J.P. Reemtsma, Prefazione a J. Shay, *Achill in Vietnam. Kampftrauma und Persönlichkeitsverlust*, Hamburger Edition, Hamburg 1998, p. 13.

² L'esempio è richiamato da A. Cassese, *Clemency versus Retribution in Post-Conflict Situations*, cit., p. 2, per il quale "the rule is nevertheless lingering animosity and resentment". Cfr. J.G. Murphy, J. Hampton, *Forgiveness and Mercy*, Cambridge University Press, Cambridge 1988; O. Kraus (a cura di), "Vae victis!" – *Über den Umgang mit Besiegten*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1998. Sulla cultura della clemenza nel mondo antico si vedano: C. Milani, *Il lessico della vendetta e del perdono nel mondo classico*, in M. Sordi (a cura di), *Amnistia perdono e vendetta nel mondo antico*, Vita e Pensiero, Milano 1997, pp. 3-18; C. Bearzot, *Perdonare il traditore? La tematica amnistiale nel dibattito sul richiamo di Alcibiade*, ivi, pp. 29-52; L. Prandi, *Clemenza e impero nell'esperienza ateniese (Thuc. III, 40, 2-3)*, in M. Sordi (a cura di), *Responsabilità perdono e vendetta nel mondo antico*, Vita e pensiero, Milano 1998, pp. 97-109; M.B. Dowling, *Clemency and Cruelty in the Roman World*, The University of Michigan Press, Ann Arbor 2006.

³ P. Sloterdijk, *Ira e tempo. Saggio politico-psicologico*, Meltemi, Roma 2006, p. 12: "Il canto dell'energia eroica di un guerriero, con cui inizia l'*epos* degli antichi, innalza l'ira al rango di sostanza da cui il mondo è prodotto". A partire dalla nozione di vendetta come "forma progettuale dell'ira" (p. 74) e dalla diagnosi di dispersione delle energie timotiche nel nostro tempo l'autore propone in quest'opera un'archeologia della globalizzazione.

⁴ J. Dornseiff, *Recht und Rache. Der Rechtsanspruch auf Wiederverletzung*, Frieling, Berlin 2003, p. 3.

⁵ M. Minow, *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., p. 10: per quanto il termine suoni peggiorativo "it embodies important ingredients of moral response to wrongdoing". Cfr. T. Godwin Phelps, *Shattered Voices. Language, Violence, and the Work of Truth Commissions*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 2004, pp. 24-37; J.

Sack, *An Eye for an Eye*, Basic Books, New York 1993; R. Verdier, *Vengeance: le face-à-face victime agresseur*, Autrement, Paris 2004.

⁶ Cfr. J. Hebenstreit, *Repressalien im humanitären Völkerrecht*, Nomos, Baden-Baden 2004.

⁷ J. Elster, *Chiudere i conti*, cit., p. 141. Cfr. A. Voiculescu, *Human Rights and Political Justice in Post-Communist Eastern Europe. Prosecuting History*, The Edwin Mellen Press, Lewiston 2000; S.B. Vardy, T.H. Tooley (a cura di), *Ethnic Cleansing in 20th-Century Europe*, Social Science Monographs, Boulder (Col.) 2003.

⁸ V. Dadrian, *A Typology of Genocide*, "International Review of Modern Sociology", 5 (1975), pp. 201-212, distingue, con discutibile terminologia ma buone ragioni, tra cinque categorie di genocidio, *cultural* (quando il fine è l'assimilazione forzata), *latent* (quando non è chiara l'intenzionalità, ma gli effetti oggettivi sono di sterminio o decimazione di altri gruppi etnici), *retributive* (quando l'intento è la rappresaglia sterminatrice dopo una guerra o una guerra civile), *utilitarian* (quando le uccisioni di massa sono finalizzate all'appropriazione di risorse economiche), *optimal* (quando la finalità è l'eliminazione totale del gruppo etnico in questione).

⁹ Un caso di *andrapodismos* ricorre a Tebe sottomessa nel 335 a.C. da Alessandro: 6000 tebani massacrati e 30.000 prigionieri venduti come schiavi, la città distrutta. Roma sopravanza in questi esercizi di ferocia ogni altra potenza del mondo antico (l'emergere dei latifondi creava un'enorme domanda di schiavi): 25.000 prigionieri alla caduta di Agrigento (202 a.C.) e 150.000 con la guerra di Grecia. Pulizia etnica è quella di Mario (teutoni, cimbri) e di Cesare in Gallia. Nel 146 a.C. i romani vendono schiavi i prigionieri superstiti di Corinto e Cartagine. Nella guerra giudaica i romani distruggono oltre un migliaio tra forti, città e villaggi e uccidono 580.000 uomini. Durante la prima guerra mitridatica sono a loro volta vittima di pulizia etnica: 80.000 massacrati nell'88 d.C. Cfr. per questi dati (probabilmente sovrastimati ma comunque indicativi della dimensione del fenomeno) A. Bell-Fialkoff, *Ethnic Cleansing*, St. Martin's Griffin, New York 1999, p. 52.

¹⁰ Plutarco, *Pericle*, 24, 1-2; 25-28. Cfr. F. Landucci Gattinoni, *Pericle e Samo: spirito di vendetta o volontà di pacificazione?*, in M. Sordi (a cura di), *Responsabilità perdono e vendetta*, cit.

¹¹ Aristotele, *Costituzione degli Ateniesi*, in *Opere*, XI, Laterza,

Roma-Bari 1988, c. XXXV, pp. 39-40. Cfr. P. Krentz, *The Thirty of Athens*, Cornell University Press, Ithaca 1982, pp. 57-59; D.D. Phillips, *Avengers of Blood. Homicide in Athenian Law and Custom from Draco to Demosthenes*, Steiner, Stuttgart 2008.

¹² Contro l'accusa di collaborazionismo l'anonimo imputato dell'orazione XXV di Lisia si appella ai giudici con queste parole: "Non è giusto che voi proviate rancore verso chi sotto l'oligarchia non ha subito alcun danno, quando potete prendervela invece con chi ha commesso dei crimini contro il popolo; e neppure dovete ritenere vostri nemici i cittadini che non sono andati esuli, ma semmai quelli che in esilio hanno mandato voi; non chi cercava di salvare i propri beni, ma chi si è impadronito di quelli altrui; non chi è rimasto in città per salvarsi, ma chi invece ha partecipato al governo con l'intenzione di rovinare altri cittadini" (Lisia, *Orazioni XVI-XXXIV*, Rizzoli, Milano 1995, pp. 285-287).

¹³ Cfr. A. Lintott, *Violence in Republican Rome*, Oxford University Press, Oxford 1999, pp. 6-21; W. Nippel, *Aufbruch und "Polizei" in der römischen Republik*, Klett-Cotta, Stuttgart 1988.

¹⁴ A. Lintott, *Violence in Republican Rome*, cit., p. 22.

¹⁵ Su questi episodi C. Möller, *Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof – kriminologische, straftheoretische und rechtspolitische Aspekte*, Lit, Münster 2003, pp. 19-20.

¹⁶ Cfr. A. Dal Brollo, *La giustizia rivoluzionaria*, Giappichelli, Torino 1990; I. Miecz, *Die Revolution und das Königtum: Der Prozess gegen Ludwig XVI (1792-93)*, in A. Demandt (a cura di), *Macht und Recht in der Geschichte. Grosse Prozesse in der Geschichte*, Beck, München 1990, pp. 213-233; J. Koehler, *Der Ankläger als Angeklagter. Der Volkstribun Georges Danton auf dem Weg zur Guillotine*, in U. Schultz (a cura di), *Grosse Prozesse. Recht und Gerechtigkeit in der Geschichte*, Beck, München 1996, pp. 224-233.

¹⁷ Cfr. R.J. Rummel, *Lethal Politics. Soviet Genocide and Mass Murder since 1917*, Transaction, New Brunswick 1990. Sul concetto di "democidio" cfr. Id., *Statistics of Democide. Genocide and Mass Murder since 1900*, Transaction, New Brunswick 1998.

¹⁸ Cfr. R. Secher, *La Vendée-Vengé: Le génocide franco-français*, Puf, Paris 1986 (nuova ed. Perrin, Paris 2006); E. Gabory, *Les guerres de Vendée*, Laffont, Paris 1989.

¹⁹ R. Secher, *La guerre de Vendée, guerre civile, génocide, mémoricide*, in R. Escande (a cura di), *Le livre noir de la Révolution française*, Les éditions du Cerf, Paris 2008, pp. 227-248. “Son procès est d’une étonnante modernité et, au niveau du fond, très proche de celui di Nuremberg. Cinq grandi questioni sono po sées: chi è colpevole? Chi è responsabile? Come sanzionare ce crimine contro l’umanità? Come memorizzare ce crimine d’État? Come l’appellare? Questa dernière questione è l’oggetto di lunghi dibattiti in ragione meme di la specificità première di questa politica d’anéantissement e di extermination. Faute di mot, Gracchus Babeuf va ricorrere a un neologismo: le populicide” (p. 241). Nello stesso volume X. Martin, *La question du droit révolutionnaire*, pp. 301-322.

²⁰ D. Resnick, *The White Terror and the Political Reaction after Waterloo*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1966; G. Lewis, *The Second Vendée. The Continuity of Counter-revolution in the Department of the Gard, 1789-1815*, Clarendon Press, Oxford 1978, in particolare pp. 187-218. Sulla transizione di regime 1814-1815 cfr. V. Sellin, *Die geraubte Revolution. Der Sturz Napoleons und die Restauration in Europa*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 2001.

²¹ G. Lewis, *The Second Vendée*, cit., pp. 195-196; H. Quaritsch, *Giustizia politica*, cit., p. 80: “A Nimes, dove i protestanti si erano schierati dalla parte dell’Imperatore, le azioni di violenza assunsero l’aspetto di una persecuzione religiosa”.

²² M. Flores (a cura di), *Storia, verità, giustizia. I crimini del XX secolo*, cit.; N. Naimark, *Fires of Hatred. Ethnic Cleansing in Twentieth-century Europe*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2001; B. Vardy, T.H. Tooley (a cura di), *Ethnic Cleansing in 20th-Century Europe*, cit.; M. Mann, *Il lato oscuro della democrazia: alle radici della violenza etnica*, Egea, Milano 2005.

²³ C. Schmitt, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello “Jus publicum europaeum”*, Adelphi, Milano 1991.

²⁴ Fanno seguito il Trattato di Neuilly del 1919 tra Bulgaria e Grecia, quello di Losanna (1923) tra Grecia e Turchia, che prevede il trasferimento forzoso di 1.250.000 greci e 400.000 turchi: J. Hübner, *Das Verbrechen des Völkermordes im internationalen und nationalen Recht*, Lang, Frankfurt a.M. 2004, pp. 168-169; D. Blumenwitz, *Flucht und Vertreibung und ihre Ächtung im modernen Völkerrecht*, in Id. (a

cura di), *Flucht und Vertreibung*, Heymann, Köln 1987, p. 10. Sui problemi giuridici legati al tema delle espulsioni e delle deportazioni L. Lehmler, *Die Strafbarkeit von Vertreibungen aus ethnischen Gründen im bewaffneten nicht-internationalen Konflikt. Zugleich ein Beitrag zur neueren Entwicklung des Völkerstrafrechts*, Nomos, Baden-Baden 1999. G. Crainz, R. Pupo, S. Salvatici (a cura di), *Naufraghi della pace. Il 1945, i profughi e le memorie divise d'Europa*, Donzelli, Roma 2008. Per un'agile sintesi cfr. W. Benz, *Ausgrenzung Vertreibung Völkermord. Genozid im 20. Jahrhundert*, dtv, München 2006.

²⁵ A.M. de Zayas, *Die Anglo-Amerikaner und die Vertreibung der Deutschen*, Ullstein, Frankfurt a.M. 1996, pp. 28-29; Id., *Die deutschen Vertriebenen: keine Täter – sondern Opfer. Hintergründe, Tatsachen, Folgen*, Ares, Graz 2006, parla di 14 o 15 milioni di profughi tedeschi. Cfr. M.R. Marrus, *The Unwanted. European Refugees in the Twentieth Century*, Oxford University Press, New York 1985; J. Bacque, *Verschwiegene Schuld. Die alliierte Besatzungspolitik in Deutschland nach 1945*, Ullstein, Berlin 1995; M. Cattaruzza, M. Dogo, R. Pupo (a cura di), *Esodi. Trasferimenti forzati di popolazione nel Novecento europeo*, Esi, Napoli 2000; P. Polian, *Against their Will. The History and Geography of Forced Migrations in the Urss*, Ceu Press, Budapest 2004; A. Ferrara, *Esodi, deportazioni e stermini: la “guerr-rivoluzione” europea*, “Contemporanea”, 9 (2006), pp. 449-475 e 653-679; AA.VV., *People on the Move. Forced Population Movements in Europe in the Second World War and Its Aftermath*, Berg, Oxford 2008, in particolare pp. 77-78; R. Bessel, C.B. Haake (a cura di), *Removing Peoples. Forced Removal in the Modern World*, Oxford University Press, Oxford 2009.

²⁶ K.-D. Müller, *Bürokratischer Terror. Justitielle und außerjustitielle Verfolgungsmaßnahmen der sowjetischen Besatzungsmacht 1945-1956*, in R. Engelmann, C. Vollnhals (a cura di), *Justiz im Dienste der Parteiherrschaft*, Ch. Links Verlag, Berlin 1999, pp. 59-92. Controversa continua a restare la questione dei prigionieri di guerra sovietici: R. Otto, R. Keller, J. Nagel, *Sowjetische Kriegsgefangene in deutschem Gehorsam 1941-1945. Zahlen und Dimensionen*, “Vierteljahres hefte für Zeitgeschichte”, 56 (2008), pp. 557-602 e A. Haritonow, K.-D. Müller, *Die Gesamtzahl sowjetischer Kriegsgefangener – eine weiterhin ungelöste Frage*, ivi, 58 (2010), pp.

393-401.

²⁷ V. Koop, *Himmlers letztes Aufgebot. Die NS-Organisation "Werwolf"*, Böhlau, Köln 2008.

²⁸ Cfr. P. Pezzino, *Anatomia di un massacro: controversia sopra una strage tedesca*, il Mulino, Bologna 1997; W. Wette, G.R. Ueberschär (a cura di), *Kriegsverbrechen im 20. Jahrhundert*, WBG, Darmstadt 2001; J. Staron, *Fosse Ardeatine und Marzabotto: Deutsche Kriegsverbrechen und Resistenza. Geschichte und nationale Mythenbildung in Deutschland und Italien (1944-1999)*, Schöningh, Paderborn 2002; G.R. Ueberschär (a cura di), *Orte des Grauens. Verbrechen im Zweiten Weltkrieg*, Primus, Darmstadt 2003; L. Baldissara, P. Pezzino (a cura di), *Crimini e memorie di guerra. Violenze contro le popolazioni e politiche del ricordo*, L'ancora del Mediterraneo, Napoli 2004; S. Neitzel, D. Hohrath (a cura di), *Kriegsgreuel. Die Entgrenzung der Gewalt in kriegerischen Konflikten vom Mittelalter bis ins 20. Jahrhundert*, Schöningh, Paderborn 2008; L. Baldissara, P. Pezzino, *Il massacro. Guerra ai civili a Monte Sole*, il Mulino, Bologna 2009.

²⁹ S. Peli, *La morte profanata. Riflessioni sulla crudeltà e sulla morte durante la Resistenza*, in Id., *La Resistenza difficile*, Angeli, Milano 1999, pp. 121-136; L. Allegra, *Gli aguzzini di Mimo. Storie di ordinario collaborazionismo (1943-45)*, Zamorani, Torino 2010, pp. 311-312.

³⁰ N. Tec, *Defiance, the Bielski Partisans*, Oxford University Press, Oxford 1993, che documenta le esecuzioni sommarie dell'unità dei fratelli Bielski; J.G. Tobias, P. Zinke, *Nakam: jüdische Rache an NS-Tätern*, Konkret, Hamburg 2000, pp. 13-14.

³¹ J. Dornseiff, *Recht und Rache*, cit., p. 101. Per la trattazione di un caso significativo H. Hirsch, *Die Rache der Opfer. Deutsche in polnischen Lagern 1944-1950*, Rowohlt, Berlin 1998.

³² H. Woller, "Ausgebliebene Säuberung"? *Die Abrechnung mit dem Faschismus in Italien*, in K.-D. Henke, H. Woller (a cura di), *Politische Säuberung in Europa. Die Abrechnung mit Faschismus und Kollaboration nach dem Zweiten Weltkrieg*, dtv, München 1991, p. 182. La bibliografia sulla resa dei conti italiana alla caduta del fascismo è ormai molto ampia (soprattutto in riferimento a diverse realtà locali, triangoli della morte ecc.) e ampiamente divulgata e commentata (anche

i recenti polemiche), per cui mi esonero qui dal richiamarla. Cfr. almeno, e in primo luogo, C. Pavone, *Una guerra civile. Saggio sulla moralità nella Resistenza*, Bollati Boringhieri, Torino 1991; P. Di Loreto, *Togliatti e la "doppiezza". Il Pci tra democrazia e insurrezione (1944-49)*, il Mulino, Bologna 1991; S. Peli, *La Resistenza difficile*, cit.; R. Pupo, R. Spazzali, *Foibe*, Bruno Mondadori, Milano 2003; H. Woller, *I conti con il fascismo. L'epurazione in Italia 1943-1948*, il Mulino, Bologna 2004; R. Pupo, *Il lungo esodo. Istria: le persecuzioni, le foibe, l'esilio*, Rizzoli, Milano 2005; G. Crainz, *L'ombra della guerra. Il 1945, l'Italia*, Donzelli, Roma 2007.

³³ H. Rousso, *L'Épuration. Die politische Säuberung in Frankreich*, in K.-D. Henke, H. Woller (a cura di), *Politische Säuberung in Europa*, cit., pp. 192-240. Anche qui sullo sfondo crimini di guerra efferati: cfr. S.B. Farmer, *Oradour-sur-Glane. Village Martyr in the Landscape of Memory 1944-1991*, University of Michigan Press, Ann Arbor 1992.

³⁴ Cfr. E.D. Drolshagen, *Nicht ungeschoren davongekommen. Das Schicksal der Frauen in den besetzten Ländern, die Wehrmachtssoldaten liebten*, Hoffmann und Campe, Hamburg 1998, che dà conto anche del caso norvegese, dove tra il maggio e il dicembre 1945 dalle 3000 alle 5000 donne furono internate con l'accusa di collaborazionismo.

³⁵ Cfr. almeno B. Frommer, *National Cleansing. Retribution Against Nazi Collaborators in Postwar Czechoslovakia*, Cambridge University Press, Cambridge 2005 e M. Szöllösi-Janze, "Pfeilkreuzer, Landesverräter und andere Volksfeinde". *Generalabrechnung in Ungarn*, in K.-D. Henke, H. Woller (a cura di), *Politische Säuberung in Europa*, cit., pp. 311-357.

³⁶ R.J. Goldstone, *Frieden und Gerechtigkeit – Ein unvereinbarer Gegensatz?*, in G. Smith, A. Margalit (a cura di), *Amnestie oder Die Politik der Erinnerung in der Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1977, p. 39; E. Völkl, *Abrechnungsfuror in Kroatien*, in K.-D. Henke, H. Woller (a cura di), *Politische Säuberung in Europa*, cit., pp. 358-394.

³⁷ H. Rousso, *L'Épuration. Die politische Säuberung in Frankreich*, cit., p. 204.

³⁸ Cfr. W.J. Long, P. Brecke, *War and Reconciliation. Reason and*

Emotion in Conflict Resolution, The MIT Press, Cambridge (Mass.) 2003.

³⁹ Sull'orrore come categoria del nostro tempo A. Cavarero, *Orrorismo, ovvero della violenza sull'inerme*, Feltrinelli, Milano 2007.

⁴⁰ Di questo rapporto di circa 600 pagine, risultato dalla ricostruzione di oltre 1500 documenti e dei racconti di almeno 1280 testimoni, ha dato conto "Le Monde" il 27 agosto 2010, pp. 1, 6-7. L'autore di uno degli articoli, Christophe Châtelot, riferiva anche delle pressioni e dei ricatti del governo ruandese di Paul Kagame, che ha minacciato di ritirare il contingente ruandese di 3300 caschi blu – il maggiore fra quelli africani – se il rapporto verrà pubblicato. Sui massacri congolesi cfr. S. Smith, *Le Fleuve Congo*, Actes Sud, Paris 2003, p. 95. Fa anche parte della resa dei conti dopo il genocidio perpetrato dagli hutu la catena di massacri perpetrati dall'esercito tutsi di Paul Kagame (Rpa) tra l'aprile e l'agosto 1994, che ha fatto tra i 25.000 e i 45.000 morti. Per una ricostruzione complessiva dell'intricata catena di conflitti e degli interessi economici in gioco cfr. G. Prunier, *Africa's World War. Congo, the Rwandan Genocide, and the Making of a Continental Catastrophe*, Oxford University Press, Oxford-New York 2009.

⁴¹ C. Steenkamp, *Violence and Postwar Reconstruction*, cit., pp. 121-128.

2. Epurazioni

Storicamente, proscrizioni ed epurazioni sono state fenomeni che hanno accompagnato la resa dei conti violenta nel passaggio da un regime a un altro. Lo scenario era ben noto agli antichi, i cui ordinamenti politici erano improntati, in modi assai meno mediati rispetto alle costituzioni moderne da un diritto formalizzato, a imperative logiche di inclusione e di esclusione. Tracciare una linea di divisione netta perciò, come si è osservato, è difficile. Il lessico dell'inclusione e dell'esclusione è tanto ricco quanto impreciso. Nel mondo antico, le epurazioni avvenivano per lo più nella forma della messa al bando, della condanna a lasciare il suolo patrio, con la conseguente perdita dei beni e dei diritti di cittadinanza. Nel mondo moderno, dove il potere sovrano, per l'esercizio delle sue funzioni di governo, si avvale di un apparato amministrativo ampio e differenziato, esse assumono prevalentemente la forma dell'espulsione dal corpo di questo apparato – per effetto del venir meno di un rapporto fiduciario, senza ulteriori conseguenze, almeno formalmente, sul piano della fruizione dei diritti civili. Anche nelle democrazie di partito, laddove si manifestano forme di esercizio neopatrimoniale del potere, il sistema delle spoglie riproduce in forme civilizzate – con esclusione della violenza – le pratiche dell'epurazione come ricambio di quel personale amministrativo che risulta compromesso per essersi posto al seguito di altri leader.

Il mondo antico offre comunque alla considerazione dello storico un'ampia fenomenologia dell'epurazione. La sua forma più radicale è costituita dalla messa al bando, dalla condanna all'esilio o al confino: essa rappresenta un surrogato "mite" della pena di morte, o anche la variante, in un mondo che dispone di infinite possibilità di esternalizzazione di ciò che è avvertito come pericoloso o nocivo, dell'incarcerazione. Nell'universo spaziale chiuso dello stato moderno la forma estrema di epurazione del vivente sarà il carcere – la riduzione al minimo dello spazio vitale. Nelle società premoderne prevale invece

l'esclusione dallo spazio organizzato e protetto della comunità locale e l'espulsione in un altrove non civilizzato e quindi l'esposizione a ogni sorta di pericoli. La genesi del bando va posta in relazione con la nascita dei *crimina publica* – in relazione ai quali questa pena appare più confacente alla stabilità della comunità politica che non il ricorso alla pena capitale, con il rischio di ricaduta nella guerra civile.¹ La procedura aveva tuttavia i suoi costi e i suoi rischi: spesso gli esiliati si riorganizzavano e preparavano in massa la controffensiva.

Nella *polis* la *phyge* è istituzionalizzata non solo come provvedimento punitivo ma anche come misura preventiva della tirannide. Una forma di *phyge* tipica della Grecia classica fu la messa al bando mediante ostracismo: essa funge da misura di difesa della democrazia contro aspiranti alla tirannide e al tempo stesso da valvola di sfogo per la conflittualità interna. L'ostracismo, introdotto nel quadro delle riforme democratiche, costituiva una forma assai moderata (in rapporto alle pratiche oligarchiche di espulsione della Grecia arcaica) di politica dell'esilio, in quanto aveva la funzione pragmatica di evitare la creazione di un gran numero di esiliati ostili. Nell'Atene del V secolo 6000 voti espressi contro un cittadino (o forse, ancor più probabilmente, la semplice maggioranza di almeno 6000 votanti) bastavano a esiliarlo per dieci anni: ma va considerato che alla procedura si ricorreva solo una volta all'anno e a essere oggetto di ostracismo poteva essere un solo cittadino.² L'ostracismo operava poi, nella maggior parte dei casi, non come una misura punitiva ma come una sorta di epurazione preventiva. L'Atene democratica del IV secolo conobbe inoltre, con le procedure di *dokimasia* cui erano sottoposti i cittadini sorteggiati per l'accesso alle diverse cariche (originariamente tale procedura era prevista solo per i nove arconti), un'altra modalità di epurazione preventiva. Alla verifica dell'esistenza dei presupposti di eleggibilità (l'età superiore ai trent'anni, il possesso della cittadinanza da tre generazioni, l'assolvimento dei doveri militari, finanziari e religiosi del cittadino) si accompagnava una sorta di controllo di virtù democratica. Il candidato non era tenuto a dimostrare specifiche competenze, ma chiunque fosse presente (come attestano le orazioni per *dokimasia* di Lisia) poteva accusarlo di comportamenti non conformi all'*ethos* democratico, costringendolo a rispondere.³

L'espulsione dallo spazio protetto e sacralizzato della *polis*

costituisce il paradigma dominante delle politiche greche di epurazione. Una forma di radicale persecuzione del tradimento civico e insieme di epurazione preventiva è la legge ateniese del 410 a.C. (di cui Andocide ci ha conservato il testo), che autorizza a uccidere come nemico della *polis* chiunque metta in atto propositi di sovversione della democrazia. Ma il mondo greco ha ideato anche un'altra modalità, meno violenta, di epurazione della cittadinanza, nella forma della serrata oligarchica, vale a dire nel restringimento del numero dei cittadini: esemplare in questo senso il progetto di riforma costituzionale dei Trenta (404 a.C.), che mobilitando da un lato l'ideologia della restaurazione della *patrion politeia*, orientandosi dall'altro al modello costituzionale spartano, mirava alla formazione, anche in Atene, di una classe di *perieci*, cioè di esclusi dalla cittadinanza.⁴

Anche Roma ha praticato in grande stile la politica dell'epurazione, facendo ricorso alla messa al bando, come semplice espulsione (*relegatio*) o come condanna al confino in un luogo determinato (*deportatio*), con o senza perdita del patrimonio e della cittadinanza, per un periodo delimitato (*relegatio ad tempus*) o per sempre (*relegatio in perpetuum*).⁵ Anche qui quello che va in primo luogo rilevato è che l'esilio è subentrato all'esecuzione della pena capitale. Ma le sue conseguenze erano anche più temute. La misura più pesante, la *deportatio*, implicava il confino forzato e per un tempo illimitato in un'isola e la perdita della cittadinanza e del patrimonio. La *relegatio*, invece, poteva limitarsi a una generica espulsione, con l'obbligo di lasciare il territorio patrio entro un determinato lasso di tempo: soprattutto non pregiudicava cittadinanza e patrimonio.⁶ Anche qui è interessante osservare come l'elemento punitivo vada congiunto alla funzione preventiva del provvedimento.

A cavallo tra la brutale resa dei conti e una procedura giuridicamente regolata sono le proscrizioni di Silla, modello e spauracchio non solo per il mondo antico: affissioni di condanne a morte senza procedura giudiziaria, la cui esecuzione è affidata a chiunque. Una legge, approvata dal Senato, dichiarava i nemici del dittatore *hostes publici*, bandendoli dal suolo di Roma o lasciandoli alla mercé di chi li avesse catturati, e prevedendo il sequestro dei loro beni a opera dei questori. Le proscrizioni sillane si differenziavano dai molti precedenti che anche la storia romana, soprattutto a partire dall'età

graccana, poteva esibire, in quanto qui le liquidazioni non si limitavano a singoli esponenti o a piccoli gruppi dell'élite concorrente ma colpivano una moltitudine di simpatizzanti e sostenitori del partito avversario (le vittime ammontarono ad alcune migliaia, Hinard ha calcolato che arrivassero a 4700), e soprattutto perché, con la pubblicazione delle liste, alla persecuzione veniva data una sinistra copertura amministrativa, quasi a simularne la legittimità istituzionale. L'arbitrarietà, invece, era assoluta: nelle liste venivano inseriti anche coloro che erano già stati in precedenza trucidati, semplicemente per potersi così avvalere della possibilità di confiscare e mettere all'asta, con una parvenza di legalità, le loro proprietà (Catilina, fra gli altri, fece inserire *ex post* nelle liste il nome del fratello da lui ucciso). A conferire una valenza estrema a questa modalità di resa dei conti era poi il fatto che si decretava che ai figli e ai nipoti dei proscritti dovesse essere inibito l'accesso alle magistrature.⁷

Dietro le pratiche antiche dell'ostracismo e delle proscrizioni possiamo ravvisare manifestazioni estreme di quell'uso strumentale del diritto che definiamo *giustizia politica*. A caratterizzarlo è la subordinazione del potere giudiziario al potere esecutivo, la manipolazione delle procedure, la sostanziale assenza della difesa, l'adozione di atti intimidatori nei confronti di imputati e testimoni, la loro degradazione morale, l'azione propagandistica esercitata sul pubblico. La capacità di distinguere tra legittime accuse e calunnie, che Machiavelli attribuiva alla virtù della Roma repubblicana, nei tormentati passaggi delle transizioni spesso (in particolare nel mondo antico) si rivela un postulato insostenibile. In tali congiunture il fragile ordine legale ristabilito rischia sempre di essere nuovamente travolto in una spirale di denunce.⁸

L'uso politico dell'esclusione come strumento di governo in città attraversate da forti divisioni è un tratto caratteristico della civiltà comunale tra Medioevo e prima età moderna.⁹ La storia delle repubbliche e delle signorie italiane è, come ben noto, terreno fertile per analizzare la logica degli "sbandimenti". Il *Libro del Chiodo*, per limitarsi a un solo esempio, contiene le sentenze di messa al bando emanate nel 1302 dal podestà Cante dei Gabrielli da Gubbio, dal successivo podestà Gherardino da Gambara di Brescia e dal capitano del popolo Nello dei Guelfoni da Collestatte. Processi diversi, intentati

o con una procedura *ex officio*, in seguito a *publica fama*, oppure per *denunptiationem*, in conseguenza a querele di accusatori, e riguardanti due generi di imputazioni, o *baratterie* (corruzione e frode politica) o *malefici* (atti di violenza contro persone e cose, eccessi provocanti disordini) avevano come sbocco l'esclusione dal corpo cittadino. In questa raccolta documentaria troviamo, relativamente ai ghibellini proscritti nel 1268-1269 dal regime guelfo tornato al potere nel 1267, una tipologia dei bersagli e delle corrispettive forme di "sbandimento", in ordine di crescente colpevolezza: "a) i sospetti, che possono stare ai confini in città; b) coloro che devono stare ai confini in contado; c) coloro che devono stare ai confini al di fuori del contado; d) coloro che devono stare ai confini al di fuori della città, del contado e di tutto il distretto; e) i ghibellini ribelli sbanditi di sua maestà il re (Carlo d'Angiò) e del comune di Firenze". Questi ultimi sono gli irriducibili e imperdonabili, che pertanto devono scegliere definitivamente la via dell'esilio.¹⁰

Se nella sua forma radicale, tipica degli ordinamenti repubblicani antichi (sempre a rischio di trasformarsi, come Montesquieu avrebbe rilevato, in una "tirannia di vendicatori"), l'epurazione comporta l'esclusione dalla cittadinanza, nella sua variante più moderata essa implica l'allontanamento dall'ufficio e, di conseguenza, l'espulsione dalle cerchie di reclutamento della "classe politica". In materia di epurazioni occorre distinguere tra due diversi contesti strutturali entro i quali queste possono avere luogo: le formazioni di potere patrimoniali e i moderni sistemi burocratici. Nei sistemi patrimoniali l'epurazione si accompagna inevitabilmente all'espropriazione delle risorse necessarie all'esercizio delle funzioni. Nei sistemi burocratici, entro i quali ha avuto luogo la separazione del funzionario dai mezzi materiali dell'apparato amministrativo, il concetto di epurazione acquista un significato più circoscritto, designando semplicemente la perdita di un ruolo all'interno del dispositivo governamentale. Con l'edificazione di un apparato amministrativo di tipo burocratico il dovere di fedeltà si spersonalizza e si universalizza: la spersonalizzazione fa dell'apparato un corpo tecnico di funzionari, che può restare in carica quando ha luogo il ricambio, anche violento, del vertice politico. Con l'avanzare del processo di burocratizzazione l'esigenza del ricorso a misure epurative sembrerebbe venir meno. Il fatto però che al vertice della

piramide burocratica possa insediarsi il detentore di un potere carismatico opera in senso contrario a questa neutralizzazione del conflitto. Il capo carismatico è un animatore di stati di devozione politica e un orchestratore di epurazioni.

Tra il principio burocratico e il carisma non si può dare stabile conciliazione, ma solo possibili compromessi. Napoleone, dopo il colpo di stato di brumaio, eresse la proscrizione a strumento di governo, trasformandola in una misura di polizia e ponendo quindi le basi per le moderne politiche di epurazione amministrativa. Appartiene poi all'ironia della storia il fatto che colui che aveva razionalizzato tali pratiche di esclusione sarebbe stato messo al bando secondo modalità che richiamavano le epoche antiche. Dopo che era fallito il tentativo di ridimensionare drasticamente il suo potere con il confino all'isola d'Elba, pur sempre come soggetto sovrano, all'indomani della vittoria di Waterloo si pose la questione di cosa fare dell'imperatore (oltre che di coloro che lo avevano sostenuto nei cento giorni e delle sue armate) e si preferì non fare ricorso allo strumento rivoluzionario del processo al sovrano.¹¹ La Restaurazione, con le proscrizioni dei regicidi e della famiglia Bonaparte, avrebbe faticosamente cercato di evitare di muoversi nel solco di innovazioni che ricordavano troppo da vicino gli eventi rivoluzionari. Il Secondo impero, con la *loi de sûreté générale* (1858), alla cui approvazione l'attentato di Orsini a Napoleone III aveva fornito un formidabile pretesto, avrebbe infine conferito al governo il pieno potere di proscrivere mediante misure di polizia.¹²

Nel XX secolo la storia delle epurazioni è legata in particolare alla nascita e al crollo dei regimi totalitari. Assolutizzando la logica dell'obbligazione politica, i regimi totalitari s'insediano al potere operando un'epurazione radicale non solo dell'apparato amministrativo ma di tutti i settori della società (*Gleichschaltung*), al fine di garantirsi una devozione senza riserve. Questa logica finisce però per ritorcersi contro di loro al momento della dissoluzione. A legittimare qui la richiesta di epurazione al crollo di tali regimi è appunto il fatto che in essi aveva avuto luogo l'identificazione personale del seguito con il capo. La colonizzazione dell'apparato burocratico a opera di un partito totalitario diventa la preconditione perché alla sua caduta si faccia valere l'esigenza di un'epurazione radicale. Che questa esigenza trovi poi effettivamente attuazione dipenderà dalla possibilità, senza

l'apporto di personale esterno (non soltanto emigrati) sempre molto limitata, di reclutare personale amministrativo non compromesso.

In riferimento alla transizione da un regime totalitario alla democrazia, il caso paradigmatico di epurazione è costituito dalle misure di denazificazione messe in atto in Germania dalle potenze occupanti alla fine della Seconda guerra mondiale (la cosiddetta *Entnazifizierung*). Facendo ricorso alla misura preventiva dell'*automatic arrest*, gli Alleati procedettero ad arresti di massa di funzionari del partito e di membri delle SS, che portarono all'internamento, per lo più negli ex campi di concentramento, e per periodi che variarono dalle poche settimane ai tre anni, di circa 200.000 persone (nella sola zona di occupazione americana gli internati a fine 1945 erano circa 100.000). L'internamento doveva servire alla classificazione dei detenuti in relazione al grado di compromissione con il regime e fungeva quindi da misura di epurazione preventiva: il periodo di internamento si concludeva o con un rinvio a giudizio o con un rilascio, che nella maggior parte dei casi veniva a coincidere con l'allontanamento dalla pubblica amministrazione (epurazione nel senso proprio del termine). Le modalità dell'epurazione amministrativa variarono nel tempo e nello spazio (a seconda della zona d'occupazione): nella zona americana tutti gli impiegati pubblici che risultavano iscritti al partito anteriormente al maggio 1937 dovettero lasciare i loro uffici. A subentrare nel loro posto di lavoro potevano essere soltanto cittadini in possesso dei cosiddetti *Persilscheine*, cioè di certificati in cui si dichiarava che l'interessato non era stato militante del partito.¹³

Nonostante questi impressionanti esordi, considerata in una prospettiva di lungo periodo la parabola tedesca dell'epurazione è stata valutata, da buona parte della storiografia, fallimentare, non solo a causa della strategia difensiva degli interessati e dell'atteggiamento di rifiuto della società del dopoguerra, ma anche internamente, per le sue manchevolezze procedurali e per il decrescente impegno degli Alleati.¹⁴ L'atteggiamento di rassegnata accettazione della sconfitta e l'adattamento alla nuova democrazia vennero premiati dalle potenze occupanti, anche in considerazione della mutata costellazione di interessi strategici generata dalla Guerra fredda. D'altro canto, la martellante propaganda perdonista delle chiese e l'attivismo della *lobby*

dell'amnistia non restarono senza frutti. Epurati, alla fine (se si guarda ai numeri), risultarono quasi soltanto coloro che avevano ricoperto ruoli di rilievo nel partito e dunque nell'élite politica nazionalsocialista.¹⁵ In ogni caso, le considerazioni di opportunità e gli imperativi economici finirono per prevalere sulla domanda di giustizia retributiva. "Il congedo dall'epurazione non fu frutto del perdono e della riconciliazione, ma fu il risultato di un'analisi dei costi e dei benefici."¹⁶

Quanto all'Italia, è stato giustamente osservato che l'aver liquidato per attivazione di anticorpi interni, e non in seguito a interventi esterni, il dittatore responsabile dell'instaurazione del regime finì non per favorire ma per ostacolare l'epurazione. In analogia a misure che sarebbero state adottate dagli Alleati in materia di denazificazione, anche la legge del 28 dicembre 1943, riguardante l'epurazione del personale della pubblica amministrazione, stabilì una tipologia degli epurabili, che distingueva tra i fascisti di rango, su cui era chiamato a decidere il Consiglio dei ministri; squadristi e fascisti della prima ora, le cui situazioni sarebbero state decise nei ministeri; e iscritti al partito responsabili di atti liberticidi a livello locale, la cui sorte sarebbe stata decisa da Commissioni provinciali presiedute dai prefetti. Ma a differenza delle procedure di denazificazione, che avrebbero previsto un'ampia partecipazione dei partiti politici negli organi di epurazione, in questo caso l'epurazione era posta nelle mani degli organi che si sarebbero dovuti epurare, cioè dell'amministrazione stessa: con conseguenze non difficili da immaginare. Mancò inoltre nel caso italiano l'automatismo che stabiliva l'immediata esclusione dagli uffici di determinate categorie di compromessi: l'epurazione scattava soltanto al termine di lunghe e burocratiche indagini, che ovviamente offrivano pretesti per cavillare e occasioni d'insabbiamento. Anche la più severa legge del 27 luglio 1944, che pure consentì la costituzione di circa 160 Commissioni d'epurazione che esaminarono migliaia di casi, non avrebbe conseguito esiti durevoli per effetto delle scelte politiche di reintegrazione degli indagati a opera dei maggiori partiti (Dc e Pci).¹⁷

Di particolare interesse in riferimento al problema del collaborazionismo è il caso francese. Qui la delegittimazione di un regime che fin dall'inizio era apparso del tutto connivente con la potenza sconfitta e che aveva parzialmente occupato la Francia consentì

che si procedesse più radicalmente sulla via dell'epurazione. Le *ordonnances* del 21 aprile 1944 e del 27 giugno 1944 definirono il quadro giuridico per l'epurazione dei pubblici poteri, su cui furono chiamate a pronunciarsi le *chambres civiques* e le *cours de justice*. Dei complessivamente 850.000 appartenenti ad amministrazioni pubbliche e imprese statalizzate, oltre 16.000 vennero colpiti da sanzioni amministrative e circa 6000 furono i funzionari allontanati dall'ufficio.¹⁸ Nell'ambito dell'epurazione giudiziaria, l'HauteCour de Justice pronunciò 108 condanne di ministri, segretari di stato e alti funzionari che tra il 16 luglio 1940 e il 25 agosto 1944 avevano servito nei governi di Vichy. Ai massimi vertici l'epurazione riguardò inoltre i 569 deputati e senatori che nel 1940 avevano votato a Vichy a favore della legge dei pieni poteri. Ma la legge di amnistia del 6 agosto 1953 cancellò la norma che prevedeva la loro ineleggibilità.¹⁹

Le politiche di epurazione costituiscono sicuramente una continuazione della resa dei conti con altri mezzi (non violenti). Ma si distinguono da questa per una ragione essenziale. Se in riferimento alla resa dei conti si può parlare solo di una forma arcaica di giustizia, che risponde alla logica della legge del taglione (cellula originaria della giustizia retributiva), nel caso delle epurazioni abbiamo a che fare con misure che rientrano nell'ambito della *giustizia politica*, o di quella che Elster definisce "giustizia politica pura" intendendo quelle situazioni in cui "l'esecutivo del nuovo sistema politico (o della potenza occupante) individua i responsabili dei torti e decide come essi debbano essere trattati in modo unilaterale e senza possibilità d'appello". Negli stati moderni le epurazioni sono messe in moto da interventi politici nella giustizia amministrativa, interventi che possono escludere, ridurre o rendere particolarmente difficoltoso il diritto d'appello. Lo stesso Elster menziona il caso della Francia del 1944, dove "le garanzie previste per le rimozioni decise nel contesto di processi di epurazione erano più deboli di quelle stabilite per gli allontanamenti amministrativi ordinari".²⁰

In riferimento alla vicenda della denazificazione, Helmut Quaritsch ha distinto tra due varianti di epurazione, una più moderata (limitata nel tempo e giustificata come misura preventiva contro i rischi di restaurazione dell'antico regime) e una radicale (ma in questo secondo caso sarebbe opportuno distinguere tra la radicalità che

consegue a un progetto tendenzialmente “totalitario” di riorganizzazione della società, quale nel dopoguerra si manifestò nei paesi a dominazione sovietica, e quella che si attuò in tutte le zone della Germania occupata con l’applicazione del diritto di guerra anche ai civili, con l’uso dell’internamento come “mezzo di intimidazione”). La variante radicale è governata, per così dire, dalla logica della “furia del dileguare” (per riprendere la felice formula con cui Hegel ha interpretato la crescente radicalizzazione della Rivoluzione francese): essa “è caratterizzata dal primato dell’epurazione sugli altri fini e dalla noncuranza nei confronti degli effetti negativi per il ‘bilancio sociale complessivo’, sul piano economico, istituzionale e culturale”.²¹

L’esperienza del processo di denazificazione, comparata con altre politiche del passato, può suggerire alcune generalizzazioni, che possono essere comprovate empiricamente, senza la pretesa di erigerle a leggi del mutamento. Innanzitutto: l’intensità dell’epurazione è di norma direttamente proporzionale al grado di compromissione con il passato regime; essa è invece inversamente proporzionale alla densità di personale politico e amministrativo del vecchio regime che è riuscito a mantenere o a riconquistare posizioni di potere nel nuovo. Il decorso della denazificazione suggerisce anche un’altra correlazione, spiegabile in termini di funzionalità economica, tra l’estensione quantitativa delle epurazioni e la loro durata: “Quanto più grande è il numero dei perseguitati, tanto prima terminerà la persecuzione”.²² Dopo il 1945, non solo in Germania, ma in tutti i paesi che avevano conosciuto il fenomeno del collaborazionismo, si è cercato più o meno tempestivamente di scongiurare il rischio che “processi ed epurazioni colpissero in particolare le persone più competenti in campo economico e amministrativo, e perciò necessarie o alla ricostruzione economica o alla realizzazione del passaggio da un’economia pianificata a un’economia di mercato”.²³ La liquidazione di un’élite economica e/o di un apparato amministrativo compromessi può infatti avere serie conseguenze negative sulla funzionalità del sistema e quindi sulla stabilizzazione della democrazia. “Normalmente non si dà una società di riserva.”²⁴

A questo catalogo di generalizzazioni sorrette da evidenze empiriche Jon Elster ha poi aggiunto una più generale legge della giustizia di transizione, in base alla quale “l’intensità della richiesta di

misure punitive è tanto più debole quanto più è lungo l'intervallo di tempo che intercorre tra il verificarsi dei crimini e la transizione al nuovo sistema politico, e tra il compiersi di questa transizione e la celebrazione dei processi".²⁵ Così come, all'indomani dei violenti crolli di regime, misure politiche di epurazione e sbrigativi processi subentrano rapidamente alla violenta resa dei conti, sottraendo a questa la sua originaria e controversa legittimità, allo stesso modo con il trascorrere del tempo le epurazioni amministrative lasciano il posto all'esemplarità di pochi procedimenti giudiziari, al dibattito storico e all'istituzionalizzazione della memoria. Anche se il passato non passa, i tempi della giustizia rallentano.

Un'ultima regolarità, che è possibile rilevare se si sposta l'attenzione al quadro giuridico definito dal processo di costituzionalizzazione europea (peraltro una sorta di *Sonderweg* di dubbia esportabilità), riguarda la tendenza alla crescente giustizializzazione dei provvedimenti di epurazione. Con il passaggio alle democrazie costituzionali, il problema si complica, in quanto si tratta di contemperare la domanda di giustizia che viene dalle vittime con le esigenze di funzionalità e di fedeltà amministrativa e con il rispetto dei diritti fondamentali. Gli alti standard di legalità e di garantismo di una democrazia costituzionale pongono severe restrizioni alle politiche di liquidazione del passato.²⁶ La funzione di filtro epurativo sembra ormai affidata esclusivamente al principio di trasparenza, sulla cui attuazione è chiamato a vigilare il potere giudiziario. La costituzionalizzazione del ricambio politico deve comunque ancora fare i conti con le campagne scandalistiche orchestrate dai media, mediante le quali continuano a combattersi le battaglie epurative di una società solo apparentemente pacificata.

Per quanto concerne le epurazioni che hanno avuto luogo alla caduta delle dittature comuniste dell'Europa orientale, esse possono essere considerate con sguardo retrospettivo e retributivistico oppure insistendo sulle componenti pragmatiche di una politica rivolta al futuro e alle prospettive d'integrazione di un tessuto sociale lacerato. Nei processi di transizione alla democrazia di questi paesi la questione delle epurazioni è assunta al ruolo di *issue* centrale delle campagne elettorali. In riferimento a un'ampia casistica relativa agli anni novanta, Elster ha distinto due strategie politiche, che ha chiamato rispettivamente

“prevenzione” e “corsa al rilancio” (o allo scavalcamento). La prima consiste nel varo di leggi di lustrazione come mossa preventiva per scongiurare l’approvazione futura di misure ancor più punitive (è la strategia adottata dai governi postcomunisti in Polonia e in Ungheria); la seconda consiste nel garantirsi vantaggi elettorali sfruttando populisticamente la domanda diffusa di liquidazione della vecchia élite: la sua logica era stata ben colta da Yves Farge, commissario della Repubblica a Lione nel 1944, quando aveva affermato che “un puro trova sempre uno più puro che finisce per epurarlo”.²⁷

NOTE

¹ E.L. Grasmueck, *Exilium. Untersuchungen zur Verbannung in der Antike*, Schöningh, Paderborn 1978, pp. 146-147. Sull'esilio nel mondo greco, pp. 15-37; nell'Antico testamento e nella storia ebraica, pp. 38-61.

² S. Forsdyke, *Exile, Ostracism, and Democracy. The Politics of Expulsion in Ancient Greece*, Princeton University Press, Princeton 2005, pp. 146-147. L'autrice opportunamente sottolinea anche la valenza simbolica dell'istituto dell'ostracismo: "By reminding elites annually of the potential of non-elites to intervene decisively in violent intra-elite conflict, the institution of ostracism served as a potent symbol of the ability of non-elites to determine the outcome, [...] the institution of ostracism not only symbolized the usurpation of political power by non-elites, but also signaled their lawful and moderate use of it" (p. 151).

³ D. Hasskamp, *Oligarchische Willkür – demokratische Ordnung. Zur athenischen Verfassung im 4. Jh. V. Chr.*, WBG, Darmstadt 2005, pp. 91-93.

⁴ Per questa interpretazione P. Krentz, *The Thirty at Athens*, cit., pp. 64-65, su cui le considerazioni critiche di F. Hurni, *Théramène ne plaidera pas coupable. Un homme politique engagé dans les révolutions athéniennes de la fin du V siècle av. J.-C.*, Schwabe, Basel 2010, pp. 319-320.

⁵ A. Schilling, *Poena extraordinaria. Zur Strafzumessung in der frühen Kaiserzeit*, Duncker & Humblot, Berlin 2010, pp. 44-45.

⁶ Gran parte di questa terminologia, attestata dal *Digesto*, è peraltro tarda. Nell'età repubblicana l'espressione corrente, che incontriamo, a differenza delle precedenti, in Cicerone e Livio, doveva essere *aqua et igni interdicare*. Cfr. G. Crifò, *Ricerche sull'exilium nel periodo repubblicano*, Giuffrè, Milano 1961; Id., *L'esclusione dalla città. Altri studi sull'exilium romano*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Perugia 1985.

⁷ F. Hinard, *Les proscriptions de la Rome républicaine*, École française de Rome, Roma 1985.

⁸ Cfr. S. Fitzpatrick, R. Cellately (a cura di), *Accusatory Practices: Denunciation in Modern European History*, The University of Chicago Press, Chicago 1997.

⁹ F. Ricciardelli, *The Politics of Exclusion in Early Renaissance Florence*, Brepols, Turnhout 2007, p. XIII: “The systematic expulsion of one part of the population was not merely an instrument to resolve internal conflicts but also a device for maintaining control over the growing territorial state”.

¹⁰ *Il Libro del Chiodo*, a cura di F. Ricciardelli, Istituto Storico Italiano per il Medio Evo, Roma 1998, pp. XXIII-XXIV. Con il mondo moderno l’esilio cambierà progressivamente di significato: da surrogato di pena capitale o detentiva diventa sempre più scelta indotta dalla minaccia della coercizione – il modo di sottrarsi ai rigori della giustizia o a pratiche discriminatorie o persecutorie. Non posso riprendere qui l’invito di Foucault a sviluppare il tema: ma l’indicazione non dovrebbe essere lasciata cadere. “Ci sarebbe da fare tutta una storia politica dell’esilio, o meglio, una storia dell’esilio politico, con gli effetti ideologici, teorici e pratici che questo fenomeno ha avuto. Se infatti l’esilio politico della fine del XX secolo è stato sicuramente uno dei grandi agenti di diffusione del socialismo – per così dire –, credo tuttavia che l’esilio politico, la dissidenza politica del XX secolo sia stata, d’altro canto, un considerevole agente di diffusione di quel fenomeno che potremmo chiamare anti-statalismo o fobia di stato” (M. Foucault, *La nascita della biopolitica*, Feltrinelli, Milano 2006, p. 74).

¹¹ G.J. Bass, *Stay the Hand of Vengeance*, cit., pp. 37-57. Ma si veda già F. Bauer, *Die Kriegsverbrecher vor Gericht*, Europa Verlag, Zürich 1945, pp. 25-37.

¹² F. Hinard, *Les proscriptions*, cit., p. 2. Ma sul tema cfr. P. Gerbod et al., *Les épurations administratives. XIX^e et XX^e siècles*, Droz, Genève 1977.

¹³ N. Frei, *La discussione sul nazionalsocialismo in Germania dal 1945 al 2000*, in G.E. Rusconi, H. Woller (a cura di), *Italia e Germania 1945-2000. La costruzione dell’Europa*, il Mulino, Bologna 2005, pp. 64-65.

¹⁴ M. Roth, *Herrenmenschen. Die deutsche Kreishauptleute im besetzten Polen – Karrierewege, Herrschaftspraxis und Nachgeschichte*, Wallstein, Göttingen 2009, p.307; ma cfr. J. Fürstenau,

Entnazifizierung. Ein Kapitel deutscher Nachkriegspolitik, Luchterhand, Neuwied-Berlin 1969; L. Niethammer, *Entnazifizierung in Bayern. Säuberung und Rehabilitierung unter amerikanischer Besatzung*, Fischer, Frankfurt a.M. 1972; C. Vollnhals (a cura di), *Entnazifizierung. Politische Säuberung und Rehabilitierung in den vier Besatzungszonen 1945-1949*, dtv, München 1991.

¹⁵ Particolari controversie ha sollevato nel corso della storia della BRD soprattutto la mancata epurazione nelle file della magistratura, che si era macchiata di gravi colpe nell'attuazione delle politiche repressive del regime: cfr. I. Müller, *Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, Kindler, München 1987; S. Wiesenthal, *Recht, nicht Rache. Erinnerungen*, Ullstein, Berlin 1988, pp. 316-317.

¹⁶ H. Quaritsch, *Giustizia politica*, cit., p. 173.

¹⁷ H. Woller, *I conti con il fascismo. L'epurazione in Italia 1943-1948*, cit.; Id., "Ausgebliebene Säuberung"? cit., pp. 160-161.

¹⁸ H. Rousso, *L'Épuration*, cit., p. 227; Id., *Vichy. L'événement, la mémoire, l'histoire*, Gallimard, Paris 2001; M.-O. Baruch (a cura di), *Une poignée de misérables. L'épuration de la société française après la Seconde guerre mondiale*, Fayard, Paris 2003.

¹⁹ Cfr. P. Novick, *The Resistance versus Vichy – The Purge of Collaborators in Liberated France*, Chatto and Windus, London 1968, su cui però le integrazioni critiche di H. Rousso, *L'Épuration*, cit., pp. 214-215; inoltre R. Schnur, *Rückwirkung der Unwählbarkeit. Spätfolgen eines Ermächtigungsgesetzes*, in Id., *Vive la République oder Vive la France. Zur Krise der Demokratie in Frankreich 1939-1940*, Duncker & Humblot, Berlin 1982, pp. 55-70.

²⁰ J. Elster, *Chiudere i conti*, cit., pp. 124 e 135.

²¹ H. Quaritsch, *Giustizia politica*, cit., p. 153. L'autore sovrappone evidentemente nella sua analisi delle epurazioni due criteri distintivi non coincidenti (temporaneo/permanente, moderato/radicale), con l'intento di sottolineare (revisionisticamente) l'illegittimità di molte misure adottate dai vincitori. Quanto meno discutibile è la sua qualificazione della Gestapo come "capro espiatorio" dell'epurazione (p. 177). Per un'affine lettura revisionistica dell'epurazione in Germania A. Mohler, *Der Nasering. Die Vergangenheitsbewältigung vor und nach dem Fall der Mauer*, Langen Müller, München 1991.

²² H. Quaritsch, *Giustizia politica*, cit., p. 155.

²³ J. Elster, *Chiudere i conti*, cit., p. 290. Cfr. I. Deak, J.T. Gross, T. Judt (a cura di), *The Politics of Retribution in Europe. World War II and Its Aftermath*, Princeton University Press, Princeton 2000.

²⁴ H. Quaritsch, *Giustizia politica* cit., p. 163: “Alla caduta di un regime totalitario il numero degli appartenenti alle élite funzionali che, volenti o nolenti, si erano identificati col regime, è inevitabilmente così grande che un licenziamento di tutte le persone compromesse politicamente non potrebbe che distruggere lo stato e l’economia”. “La questione spesso posta [...] – perché mai funzionari amministrativi, professori e giudici compromessi siano potuti tornare, e magari così in fretta, alle loro cariche – è facilmente risolvibile: perché erano necessari” (p. 174). Non sorprende invece che l’epurazione sia stata più radicale nella zona d’occupazione sovietica e che questo abbia comportato conseguenze non indifferenti sulla funzionalità del sistema. Cfr. C. Goschler, *Schuld und Schulden. Die Politik der Wiedergutmachung für NS-Verfolgte seit 1945*, Wallstein, Göttingen 2005, pp. 82-83.

²⁵ J. Elster, *Chiudere i conti*, cit., p. 115.

²⁶ Sotto questo profilo è particolarmente istruttivo il caso (del tutto eccezionale) della transizione alla democrazia della Ddr. Cfr. U. Battis, G. Jakobs, E. Jesse, *Vergangenheitsbewältigung durch Recht. Drei Abhandlungen zu einem deutschen Problem*, Duncker & Humblot, Berlin 1992; H. Quaritsch, *Strafrechtliche und berufsrechtliche Aufarbeitung der Ddr-Vergangenheit*, in AA.VV., *Festschrift für Werner Thieme*, Heymanns, Köln 1993, pp. 329-342.

²⁷ J. Elster, *Chiudere i conti*, cit., pp. 346-348.

Parte seconda

Processi

Est enim ulciscendi et puniendi modus.

Cicerone, *De officiis*, I, 11

3. Giustizia politica

Ai greci attribuiamo l'invenzione della politica come modalità d'integrazione e d'identificazione della cittadinanza in uno spazio regolato dal diritto. In riferimento alla vicenda costituzionale di Atene si è parlato per questo opportunamente di "rivoluzione nomistica".¹ Ma la ricostruzione della vita politica interna della *polis*, nella misura in cui le fonti ce lo consentono, mostra che questa rivoluzione è rimasta largamente incompiuta. Proprio l'esercizio del potere giudiziario evidenzia come la sottomissione del popolo al *nomos* in definitiva non sia riuscita. Il processo resta, anche e soprattutto nell'Atene democratica, uno strumento di lotta politica.²

La messa in scena della nascita del potere giudiziario nel mondo attico è notoriamente consegnata alle *Eumenidi* di Eschilo. Ed è forse opportuno prendere le mosse da questa tragedia, che si presta peraltro a molte letture. In essa probabilmente Eschilo intende prendere posizione, contro il disegno di ridimensionamento politico dell'Areopago, a favore di un suo ruolo neutrale come custode della *dike* e garante della riconciliazione. Il processo non è qui strumento della lotta politica ma della pace. Per il coro delle Eumenidi il matricidio di Oreste non può non essere punito, mentre il delitto di Clitemnestra, secondo il diritto arcaico, non lo richiede, perché quello di una donna che uccide il marito non è un "delitto volontario di consanguinei" (*Eumenidi*, vv. 211-212). Siamo in una situazione in cui non esiste un diritto pubblico interfamiliare e intertribale. Siamo altresì in una situazione in cui l'impulso verso il delitto e la funzione punitiva tendono a coincidere: le Erinni non sono solo le artefici della punizione ma anche, in quanto congenite alla famiglia degli Atridi, responsabili dei delitti. Atena invece vuole spezzare la catena delle faide e delle vendette, instaurando un tribunale come organo sopra le parti: "Poiché la vicenda è precipitata fino a questo punto, io, scegliendo dei giudici legati da giuramento, eleggerò un tribunale di delitti che esisterà per sempre" (*Eumenidi*, vv. 482-484).³

Nella tragedia, a essere oggetto di rappresentazione davanti agli occhi di una cittadinanza sempre minacciata dal rischio della guerra civile tra le fazioni è l'istituzionalizzazione del terzo sopra le parti. Con la costituzione di un tribunale destinato a “esistere per sempre” sono create le condizioni per il superamento della logica polemogena connaturata alla *polis*. Ma il progetto istituzionale di Atena è destinato a restare incompiuto: nonostante la consacrazione del giuramento, la civilizzazione del conflitto non può essere considerata un'acquisizione definitiva. Nella storia della città si ripetono infatti – ed era questo il monito che Eschilo indirizzava ai suoi contemporanei – situazioni nelle quali la logica della resa dei conti finisce per colonizzare anche i tribunali, favorendo così la ricaduta nella situazione originaria di conflittualità: le Erinni non sono state definitivamente domate. E lo mostra proprio la centralità che la giustizia politica viene ad assumere nelle guerre civili. I processi politici contribuiscono alla deflagrazione delle guerre civili; queste, a loro volta, mettono capo a processi politici.⁴

Fin dal mondo antico è già ben delineato lo scenario che si è ripetuto costantemente nella storia recente: i maggiori responsabili vengono processati, per tutti gli altri si procede di fatto a un'amnistia. Questo modello d'azione è descritto da Tucidide nella sua vivida ricostruzione della guerra civile a Corcira. In un momento di armistizio tra le parti, lo stratego ateniese Nicostrato si prefigge di consolidare la tregua: “Cercò di concludere un accordo e li convinse a pervenire a questa intesa reciproca: i dieci maggiori responsabili – che non rimasero lì ad aspettare – sarebbero stati sottoposti a giudizio; tutti gli altri avrebbero seguito a vivere in pace dopo aver stipulato un patto fra di loro e un'alleanza con Atene implicante l'assunzione degli stessi amici e nemici”.⁵ La ricostruzione di Tucidide è notevole per più ragioni: a) riconosce l'impossibilità di dare adeguata risposta al conflitto politico con il solo strumento giudiziario (possono avere luogo soltanto pochi processi esemplari, al fine di separare la responsabilità dei capi da quella del seguito); b) riconosce l'aleatorietà della repressione giudiziaria, data la possibilità dei responsabili di sottrarsi alla presa della giustizia (la deriva dell'impunità); c) infine mostra che in condizioni di guerra civile tali tregue patteggiate sono estremamente fragili (solo le paci imposte da un nemico vittorioso hanno maggiore

durata).

L'Eliea ateniese offre un'esemplificazione morfogenetica di che cosa si debba intendere per giustizia politica. "La giustizia applicata da un tribunale di eliaisti greco," avrebbe osservato Max Weber, "rappresentava una giustizia di cadì: le parti influivano sui giudici mediante il pathos, le lacrime e le diffamazioni dell'avversario."⁶ Con la soppressione o il ridimensionamento delle funzioni di controllo dell'Areopago, nel sistema giudiziario ateniese s'introduce l'accusa privata – e con essa si diffonde la pratica delle denunce e della diffamazione. Per questo la letteratura ateniese abbonda di testimonianze sull'attività dei sicofanti. Poiché rientrava nelle facoltà di ciascun cittadino denunciare al Consiglio qualsiasi atto illecito di magistrati con una *eisangelia*, cioè una denuncia di trasgressione delle leggi, sicofante poteva considerarsi ogni ateniese che minacciasse con accuse i suoi concittadini, spesso avversari politici, al fine di liquidare competitori, ricavare guadagni o comunque vantaggi personali. Anche l'invidia aveva il suo peso. In virtù di questa disposizione istituzionale l'esercizio dell'accusa si trasformava in pratica quotidiana, e il ruolo del sicofante tendeva a professionalizzarsi. Spesso si trattava semplicemente di ricattatori, che si facevano pagare il silenzio. Nell'Atene democratica dalla dubbia legalità, non pochi erano i cittadini che si trovavano nella condizione di dover subire il ricatto e che erano costretti a pagare. Questo alimentava una catena di risentimenti: le nuove norme sull'organizzazione della giustizia non erano dunque bastate a placare le Eumenidi.⁷

Anche a Roma, nel periodo repubblicano, "i tribunali di giurati con compiti specificamente politici, nei processi di *repetundæ*, si avvicinavano al carattere della giustizia popolare", vale a dire a quella giustizia che "giudica secondo il 'sentimento' concreto, condizionato da motivi etici e [...] da motivi politici o politico-sociali".⁸ Negli anni del conflitto con il re numida Giugurta l'istituzione di un tribunale speciale per giudicare gli aristocratici che a lui si erano venduti segnò la nascita dell'accusa popolare in sede politica, trasformando la giustizia in uno strumento di vendette politiche. La storia di Roma nell'età post-graccana, a partire dalla quale si moltiplicano i delitti politici, è altrettanto ricca di processi volti per un verso a liquidare pericolosi avversari, per l'altro a restaurare la concordia repubblicana.⁹ Spesso

essi finiscono per confondersi con la resa dei conti illegale. Al nome di Silla, per esempio, non sono legate soltanto le proscrizioni dell'83 a.C. ma anche, accanto a una non organica ma profonda riforma costituzionale, la riforma del diritto penale e delle norme processuali.

La debolezza del potere giudiziario, il suo asservimento al potere politico e al potere economico, il suo essere dunque uno strumento al servizio delle oligarchie, è un tema ricorrente nella storia del pensiero politico. In età moderna un documento di questa consapevolezza è in Machiavelli, il sismografo del conflitto, l'apologeta della pienezza del potere. Secondo lui, tuttavia, va ascritto a merito e grandezza di Roma l'aver introdotto l'istituto della pubblica accusa, rendendo il popolo giudice nei conflitti politici. Una delle ragioni della debolezza della repubblica fiorentina consisteva a suo giudizio nel "non essere in quella repubblica alcuno modo di accuse contro alla ambizione de' potenti cittadini" (*Discorsi*, I, 7). Machiavelli è quindi un convinto teorico della giustizia politica repubblicana. La soluzione preferita per porre fine a una stagione di rivolgimenti politici, e quindi di abusi e di sopraffazioni all'interno di una comunità politica, è quella del ricorso a punizioni esemplari; sulla questione il Segretario fiorentino ritorna più volte nel corso delle sue opere: "Dopo una mutazione di Stato, o da repubblica in tirannide o da tirannide in repubblica, è necessaria una esecuzione memorabile contro a' nimici delle condizioni presenti" (*Discorsi*, III, 3).¹⁰ La propensione per le punizioni esemplari non coincide però necessariamente con una soluzione giudiziaria.

Credo che a ragione si sia suggerito che dietro alla "provvisione", vale a dire al progetto di legge sulla giustizia penale, più precisamente sui processi per "supercherie, violenze, omicidi et casi di stato" – che il Gonfaloniere Piero Soderini propose nel dicembre 1510 all'approvazione dei Signori e del Consiglio degli Ottanta, scontrandosi poi reiteratamente con l'opposizione del Consiglio maggiore, fino a doverla ritirare – ci fosse la penna e l'intelligenza di Machiavelli.¹¹ Si trattava di misure volte a contrastare la paralisi dei processi e il controllo che l'oligarchia medicea esercitava sulla Magistratura degli Otto e dei Conservatori di leggi onde sottrarre al giudizio i propri membri. Che nel passo del settimo capitolo del libro primo dei *Discorsi* il riferimento sia proprio a questo conflitto è evidente: "Perché lo accusare uno potente a otto giudici in una repubblica non basta: bisogna

che i giudici siano assai, perché i pochi sempre fanno a modo de' pochi". Qui Machiavelli enuncia un'altra delle sue regolarità, la legge della *collusione delle oligarchie*. Anche nel *Discursus florentinarum rerum* si sostiene che "li pochi cittadini non hanno ardire di punire gli uomini grandi; e perciò bisogna che a tale effetto concorressino assai cittadini, acciocché il giudizio si nasconda, e, nascondendosi, ciascuno si possa scusare".¹²

I processi politici di cui è intessuta la storia giudiziaria anteriormente al XX secolo sono, anche quando il soggetto sia il popolo, azioni di giustizia *ex parte principis*, che hanno come oggetto violazioni dei diritti del corpo sovrano, eminentemente quello che dal mondo antico fino alla Rivoluzione francese è stato il reato politico per eccellenza, cioè il *crimen læsæ maiestatis*. Non sono mai, se non in modo strumentale (al servizio di altra e superiore finalità), processi volti a perseguire fattispecie che oggi rientrerebbero nella categoria dei "crimini internazionali". L'archeologia dei processi politici include però, sia pure in forma del tutto eccezionale, casi di precedenti di processi internazionali. Per il mondo antico andrebbe fatto riferimento ai processi panellenici davanti a un *koinon sinedrion*, su cui abbiamo testimonianze in Senofonte, Diodoro, Plutarco e nell'epistolario pseudotemistocleo. Le fonti parlano dell'intenzione di spartani e ateniesi di sottoporre a giudizio in una sede panellenica Temistocle, già colpito da ostracismo, accusato di *prodosia* con il re di Persia, cioè di tradimento. È dubbio che a questa intenzione abbia fatto seguito un vero processo internazionale. Ma è certo che processi di questo genere ebbero luogo nel IV secolo, per esempio quello voluto dagli spartani, con un analogo capo d'accusa, contro il polemarco tebano Ismenia. Ancora a un processo panellenico, quello della Lega di Corinto, Alessandro avrebbe delegato nel 335 la punizione di Tebe, colpevole d'aver tentato l'insurrezione armata.¹³

Un caso singolare di giustizia politica sulla base di un tribunale penale "internazionale" (internazionale per la sua composizione, solo parzialmente per la natura dei crimini che si trovò a processare) è poi, alle soglie dell'età moderna, il processo di Breisach del 1474, cui in letteratura si fa riferimento come a un precedente di Norimberga e della giustizia penale internazionale, sia pure nella forma dell'esperimento locale in un conflitto circoscritto. Esso si situa in un contesto di

competizione tra signorie che ambiscono alla monopolizzazione di territori nella fase di formazione degli stati moderni. Ma l'area in cui si svolge, tra il Sundgau e l'Alsazia, coinvolgendo città come Moulhouse, Colmar, Friburgo, Basilea, rientra nella fascia dell'intensa urbanizzazione che resiste al processo di violenta monopolizzazione del potere da parte dei grandi stati territoriali. È pertanto significativo che il primo processo penale di carattere internazionale che l'Europa abbia conosciuto avesse una matrice prevalentemente repubblicana: a richiederlo fu Sigismondo d'Austria, ma l'organizzazione e la composizione della giuria furono in larga misura nelle mani delle città autonome.

La vicenda si colloca sullo sfondo della controversia tra Carlo il Temerario e Sigismondo d'Austria, in uno scenario che ricorda da vicino quello evocato da Machiavelli in un celebre capitolo del *Principe*: Cesare Borgia e Ramirro de Orco hanno il loro corrispettivo nei protagonisti delle azioni alla base del processo, Carlo il Temerario e il suo tracotante e rapace luogotenente Peter von Hagenbach. A coronamento di una lunga serie di violenze, estorsioni, stupri e soprusi d'ogni genere compiuti nella regione, quest'ultimo viene incarcerato dagli abitanti di Breisach. Il processo, che si tiene all'aperto, *more germanico*, e si conclude con la condanna a morte, che viene eseguita per decapitazione il giorno stesso – un grande spettacolo, per assistere al quale 400 cittadini sono convenuti da Basilea –, ha luogo il 9 maggio 1574 ed è celebrato da un tribunale composto da 27 giudici, di cui 8 cittadini di Breisach e per il resto delegati dalle città alsaziane e renane alleate (Thann, Strasburgo, Colmar, Basilea, Selestat) nonché dalla più lontana Berna. L'atto di accusa include quattro capi d'imputazione: 1. esecuzione arbitraria di cittadini di Thann senza processo; 2. soppressione di privilegi e corporazioni di Breisach, e imposizione di oneri fiscali esosissimi; 3. introduzione in città di truppe valloni e lombarde con l'intento di farne sgombrare forzatamente gli abitanti, dopo aver assassinato gli uomini; 4. stupro di donne (fra cui persino suore). Per quanto riguarda i primi tre capi d'accusa, durante il dibattimento, Hagenbach ne rivendica la legalità, sostenendo d'aver soltanto eseguito ordini del duca.¹⁴ Contro la tesi della difesa il tribunale fa però valere che seppure l'imputato abbia agito su ordine superiore ha comunque agito contro i comandamenti di Dio: ed è

pertanto interessante notare come già allora la strategia difensiva fosse basata sull'argomento dell'obbedienza agli ordini e la decisione del tribunale facesse invece appello a un diritto sovrapositivo.¹⁵ Due opposte linee argomentative che fino a Norimberga, e oltre, hanno mantenuto il loro vigore.

Passeranno molti secoli prima che la via del processo internazionale per crimini politici venga ripresa. Come si è già ricordato, dopo Waterloo Napoleone non fu processato. Solo a Versailles, a conclusione della Prima guerra mondiale, si delibererà l'incriminazione e il processo a Guglielmo II e ai maggiori criminali di guerra tedeschi. Ma l'atto d'accusa contro l'imperatore non avrebbe condotto a un procedimento giudiziario (anche per il rifiuto dell'Olanda di consentirne l'extradizione), mentre i processi di Lipsia si sarebbero risolti con poche e miti condanne (presto condonate) di imputati minori. I processi di Lipsia possono essere considerati un documento paradigmatico della resistenza opposta dal nazionalismo e dal corporativismo militare all'elaborazione giudiziaria della storia. Alla base della riluttanza dei tribunali tedeschi nei confronti della richiesta di giustizia dei vincitori operava ancora la convinzione che le direttive impartite da uno stato in condizioni di necessità non fossero giustiziabili e che il soldato tedesco non potesse commettere crimini di guerra. In presenza di un ordine impartito da un superiore e in assenza della coscienza di commettere un'azione contraria al diritto risultava impossibile per i giudici individuare la componente soggettiva dell'atto criminale.¹⁶

Anche il Trattato di Sèvres (1920), che concluse la pace con la Turchia, conteneva disposizioni (articoli 226-230) sulla prosecuzione dei crimini commessi durante il conflitto, che in questo caso andavano al di là dei meri crimini di guerra per includere le atrocità perpetrate contro gli armeni (il concetto di genocidio, come è noto, all'epoca non era ancora stato coniato). Ma anche in questo caso i processi non ebbero luogo, perché il trattato non fu ratificato dalla Turchia bensì sostituito dal Trattato di Losanna (1923), che conteneva invece una Dichiarazione d'amnistia per tutti i crimini commessi tra il 1° agosto 1914 e il 20 novembre 1922. Nel frattempo avevano avuto luogo processi-farsa, in condizioni di totale confusione politica e amministrativa, a Istanbul.¹⁷ L'inconcludenza degli alleati, in

particolare dei britannici (gli unici peraltro ad aver preso sul serio, con la Commissione d'inchiesta presieduta da James Bryce, la questione dei crimini contro gli armeni), in questo caso avrà un tragico epilogo, a dimostrazione dei costi politici che anche la rinuncia ai processi può storicamente comportare: la mancata giustizia nazionale e internazionale alimenta la vendetta di tipo terroristico: la sequela di omicidi per mano armena di leader turchi che ha luogo in vari paesi tra il 1921 e il 1922 è la violenta e provvisoria chiusura di un conto che gli accordi di pace non erano riusciti a incanalare in procedure giudiziarie.¹⁸ Diritto penale e diritto internazionale continuavano a presentarsi, agli inizi del XX secolo, come domini reciprocamente escludentisi: nell'opinione pubblica delle nazioni interessate ogni tentativo di loro coniugazione si scontrava con l'accusa di essere giustizia politica.

Nella categoria della giustizia politica (o almeno in una particolare accezione del termine) deve ancora essere fatto rientrare, in quanto processo intentato dai vincitori, il processo di Norimberga. Fra i memorabili eventi storici del XX secolo questo processo è fra quelli che meglio servono a illustrare l'ambivalenza o, se si preferisce, la fondamentale doppiezza del nostro tempo.¹⁹ Esso segna la nascita di una nuova realtà istituzionale, la giustizia penale internazionale, che era stata preceduta da un grande lavoro preparatorio²⁰ e che nel suo sviluppo, culminato nell'istituzione della Corte penale internazionale, si è costantemente richiamata, come a un precedente positivo, ai "principi di Norimberga" (e alla definizione dei "crimini internazionali" contenuta nello Statuto di Londra dell'8 agosto 1945 e poi perfezionata durante il processo e nelle sedi internazionali negli anni seguenti). In positivo non si dovrebbe sottovalutare il fatto che, sotto il profilo simbolico, nonostante l'atmosfera piuttosto burocratica in cui si svolsero i dibattimenti, il processo ebbe un notevole impatto sull'opinione pubblica internazionale.²¹

Al tempo stesso, però, quel precedente appare connotato da un grave vizio d'origine, per cui si è parlato di "giustizia dei vincitori": gli alleati diedero vita a un tribunale militare internazionale in cui non trovarono posto giudici di paesi neutrali e che non era chiamato a indagare su crimini commessi dai paesi che avevano sconfitto le potenze dell'Asse. Sulla portata delle innovazioni introdotte dal primo

esperimento di giurisdizione penale internazionale e sulla precarietà delle sue basi giuridiche la dottrina non ha notoriamente lesinato le critiche – e il dibattito è lungi dall’essersi placato. Più di un autore, in polemica con la tesi che fa di Norimberga un “forerunner of universal justice”, ha sostenuto che quella giurisdizione aveva violato il principio di irretroattività (che concerneva, oltre al crimine contro la pace, anche i crimini contro l’umanità), il principio d’imparzialità (essendo gli imputati scelti esclusivamente tra i vinti e i giudici esclusivamente tra i vincitori), il principio di divisione dei poteri (essendo stati da un lato i governi, dall’altro gli stessi giudici e procuratori a dettare le norme del processo) e anche altre garanzie processuali (essendo rimasta la difesa in larga misura in balia della benevolenza dei giudici). Agli occhi di molti critici tutto questo legittima pienamente il giudizio, che già a ridosso era stato formulato da Hans Kelsen e da altri autorevoli giuristi, che si sia trattato di un tipico caso di “giustizia dei vincitori”. Essi ne ravvisavano l’intrinseca contraddizione nel fatto che, da un lato, esso perseguiva il fine di rafforzare il diritto internazionale sottraendolo alla disposizione degli stati sovrani, dall’altro però attribuiva al vincitore la potestà di giudicare, esercitando quindi inevitabilmente una forma di giustizia politica.²²

Per far fronte alla nuova dimensione del crimine politico organizzato di un regime totalitario, il tribunale di Norimberga aveva inoltre operato dilatando la sfera della responsabilità penale. Questo ampliamento era avvenuto facendo ricorso alle fattispecie dei crimini di aggressione e di *conspiracy* (complotto contro la pace), attraverso i quali divenivano penalmente perseguibili le *élites* politiche, militari e industriali del Reich, anche quando non fosse dimostrabile un loro diretto coinvolgimento in crimini di guerra o in crimini contro l’umanità. La qualificazione come criminali di determinate organizzazioni dello stato totalitario finiva però per indebolire il principio della responsabilità individuale.²³ Agli occhi dei critici del “modello di Norimberga” veniva così allo scoperto il problematico rapporto tra la dimensione collettiva dei crimini internazionali e la dimensione individuale della responsabilità penale. Questa tensione irrisolta sarebbe apparsa agli stessi critici una contraddizione teorica foriera di pesanti implicazioni pratiche. Se i crimini internazionali hanno natura davvero collettiva e politica, lo strumento per sanzionarli

non può essere il processo ma la guerra. In altri termini: al processo si può ricorrere come sanzione *ex post*, ma la misura preventiva è la guerra.

Un bilancio più equilibrato dovrebbe differenziare. Fenomenologicamente è indubbio che si sia trattato di giustizia dei vincitori. A giustificare la diversità di trattamento riservata ai vinti e ai vincitori valevano però due argomenti, che hanno continuato, sia pure con diverso peso, a essere evocati in riferimento alle guerre del Golfo e agli interventi armati nella penisola balcanica. Il primo riguardava il fatto dell'aggressione (al di là della circostanza che esistesse o meno un consenso universale sulla sua natura di crimine internazionale): nel caso della Seconda guerra mondiale, a Ovest come a Est, era chiaro chi dovesse essere considerato aggressore (una responsabilità cui non si sottraeva però uno degli stati vincitori e giudici a Norimberga, l'Urss). Il secondo aveva a che vedere con l'illegittimità dei regimi che avevano scatenato la guerra (anche in questo caso l'evidenza dei fatti rendeva inevitabile che si discriminasse tra regimi democratici e regimi totalitari).

Per quanto sia opinione prevalente in dottrina che la posizione del tribunale in materia di retroattività fosse debole (gli autori che, come Gustav Radbruch, sostenevano che in un ordinamento giuridico come quello internazionale, in cui manca un codice di leggi, il divieto di retroattività non potesse trovare applicazione, sono rimasti in minoranza), va riconosciuto che i giudici e l'accusa si guardarono bene dal negare la validità del principio *nullum crimen sine lege* nel diritto internazionale.²⁴ Il pubblico accusatore Robert Jackson argomentò piuttosto che gli imputati avevano violato in modo così grave il diritto da aver pregiudicato la possibilità di appellarsi a quel principio. Dietro a quella affermazione stava il riconoscimento che in una fase di rivoluzione dell'ordinamento giuridico internazionale, in cui a seguito di una grave regressione degli standard di civiltà giuridica si voleva stabilire un nuovo inizio, il diritto consuetudinario e il diritto convenzionale debbono essere sottoposti alla verifica di principi superiori di giustizia. Quanto all'ampliamento della sfera dei penalmente responsabili, va precisato che, se anche lo Statuto del Tribunale militare internazionale (articolo 10) consentiva di dichiarare criminali determinate organizzazioni naziste (la dirigenza del Nsdap, la

Gestapo, le SS e l'SD), rendendo imputabili davanti a qualsiasi tribunale nazionale o internazionale, civile o militare, individui in virtù della loro mera appartenenza a tali organizzazioni, la Corte operò applicando in modo restrittivo tale criterio qualificativo, nel senso che ai fini di una condanna doveva essere dimostrata anche la conoscenza della finalità criminale e l'intenzionalità dell'azione.²⁵

L'adozione di un modello penalistico che avesse omesso di considerare la specifica natura di quelle organizzazioni complesse che sono i sistemi politici avrebbe avuto fatalmente come esito la legalizzazione dell'impunità. È tipica infatti anche della macrocriminalità politica la divisione dei ruoli che caratterizza le organizzazioni burocratiche: chi ordina le atrocità abitualmente non le commette, chi le commette abitualmente obbedisce soltanto agli ordini. Fatta eccezione per una fascia di quadri intermedi, situazionalmente e storicamente variabile, che, eseguendo e al tempo stesso impartendo ordini, viene a trovarsi a così diretto contatto con gli esecutori ultimi da non potersi esimere dal commettere esemplarmente le efferatezze che i subordinati dovranno poi ripetere in modo seriale, negli apparati complessi le due funzioni possono essere esercitate con una separatezza capace di favorire la quasi totale caduta delle barriere inibitorie. L'assassinio di migliaia o milioni ordinato ma non agito, né pensato, né visto resta un evento astratto proiettato sulla scena tragica della storia universale. L'assassinio concreto di decine o centinaia eseguito meccanicamente nel quadro di un'organizzazione sociale complessa, che ha la precisione di una macchina, pone l'esecutore nella (autoillusoria) condizione d'irresponsabilità di un inerte ingranaggio.²⁶ La strategia difensiva dei grandi e piccoli criminali nazisti, definendo un paradigma della discolpa che avrebbe conosciuto rapida universalizzazione (anche perché favorito dalla cultura dell'impunità tipica delle gerarchie militari), era fondata proprio su quella divisione dei ruoli.

Analoghe considerazioni debbono valere per il processo di Tokyo: anche in questo caso si è rilevato uno scarto tra l'impianto complessivo, cui risulta legittimo rivolgere l'addebito di essere "giustizia dei vincitori", e l'impegno procedurale dei giudici, nel garantire il massimo rispetto delle regole del *rule of law*. Da un lato, è indubbio che il governo americano condizionò fortemente la definizione della

piattaforma dell'accusa, per tutelarsi dall'argomento del *tu quoque*, che a fronte dei bombardamenti atomici su Hiroshima e Nagasaki avrebbe potuto rivelarsi paralizzante: così venne omessa dall'*indictment* ogni indagine sull'impiego di armi chimiche in Cina come pure sull'unità 731, quell'unità militare dello Kwantung Army che aveva sperimentato armi batteriologiche su esseri umani. Parimenti non s'indagò sui crimini coloniali e non si portò all'attenzione della Corte il sistema della prostituzione forzata. Anche la sorte dell'imperatore Hirohito e di molti altri leader economici e politici venne decisa a monte del processo e fuori del tribunale.²⁷ Dall'altro lato, l'inclusione di potenze minori che avevano patito come vittime le violenze nipponiche, come le Filippine (rappresentate nella Corte) o Burma e l'Indonesia (invitate a far parte del *prosecution team* che doveva apprestare il materiale probatorio), contribuirono a correggere l'immagine di un tribunale dei vincitori bilanciandola almeno con l'apparenza di essere (in parte) un tribunale delle vittime. E in effetti il tribunale affrontò con rigore le questioni su cui era chiamato a decidere.

L'Onu non era stata coinvolta nel processo dell'Imt sui criminali nazisti, né in processi susseguenti né nei lavori del tribunale internazionale di Tokyo. Con la prima sessione dell'Assemblea dell'Onu, che ebbe luogo dopo la pronuncia del verdetto di Norimberga, iniziò comunque un processo di recezione delle novità. Il "diritto di Norimberga" fu adottato nel 1950 dalla Commissione del diritto internazionale come "Principi di diritto internazionale riconosciuti dallo Statuto e dalla sentenza del Tribunale di Norimberga". Con ciò si è insediato nel diritto internazionale il principio fondamentale che "chiunque commetta un atto costituente un crimine di diritto internazionale è di questo responsabile e passibile di condanna".²⁸ Ma a lungo le grandi potenze si sono opposte all'attuazione di questo principio al fine di scongiurare indesiderate ingerenze anche nella sfera della loro sovranità: i lavori preparatori per una Corte penale internazionale furono sospesi così nel 1954.²⁹ Né questo era il solo problema sollevato dall'adozione di quei principi. Proprio quella categoria di *complotto* che a Norimberga aveva conferito efficacia operativa a un traballante dispositivo accusatorio, risultato di un difficile compromesso diplomatico, correva il rischio di poter essere utilizzata contro ogni potenza democratica che esercitasse una diretta

influenza e interferenza politica in un'area tormentata da guerre civili, colpi di stato e dittature.

A partire dalla guerra nel Vietnam gli Stati Uniti hanno deposto il ruolo di giudici per assumere, agli occhi dell'opinione pubblica internazionale, quello di accusati. In più occasioni i tribunali americani si sono confrontati con il problema di conciliare crimini di guerra di propri connazionali con l'eredità ingombrante di Norimberga.³⁰ La convinzione, tipica del resto di una potenza imperiale, di trovarsi impegnati in quel conflitto per le ragioni della perdurante battaglia epocale delle democrazie contro i regimi totalitari, ha legittimato tuttavia anche in questo caso l'autoimmunizzazione da ogni giustizia penale internazionale (anche solo ipotetica). Nondimeno le violazioni dei principi stabiliti dallo Statuto di Londra (e configuranti crimini internazionali) sono apparse evidenti.³¹ Con le nuove guerre degli anni novanta, e ovviamente con particolare virulenza dopo le rappresaglie militari susseguitesì all'11 settembre 2001, dopo Guantánamo e le torture nel carcere di Abu Ghraib, la politica estera degli Stati Uniti non ha lesinato in fatto di scelte che sembravano perseguire il fine dell'autodenigrazione.³² La criminalizzazione degli Usa è andata di pari passo con la tendenza della superpotenza americana a qualificare dell'infamante epiteto di *rogue states* soggetti scomodi della politica internazionale.³³

È accaduto così che il paese della Corte suprema e della giustizializzazione della politica, il paese in cui si riscontra nel dopoguerra un notevole attivismo delle Corti nel perseguire crimini commessi all'estero (incluse violazioni dei diritti umani perpetrate da organi di stati stranieri) – attivismo fondato su una tradizione che si fa risalire all'*Alien Torts Claim Act* del 1789 – si è trovato a svolgere il ruolo di sostenitore di una “justice internationale à la carte”.³⁴ In realtà questa contraddizione non dovrebbe sorprendere. Occorre infatti tener presente che, almeno fino alla guerra civile, grande è stata nella cultura politica degli stati americani la resistenza ad accettare anche la giurisdizione della Corte federale.³⁵ L'attivismo delle corti dell'ultimo dopoguerra sembra rispondere più al modello di una giustizia imperiale (investita della sua missione di mettere ordine nel mondo) che all'imperativo di spianare la via a un assetto costituzionale cosmopolitico. Non a torto, di conseguenza, si è ravvisato il pericolo di

un “imperialismo umanitario”, che si manifesterebbe nella tendenza delle corti ad assumere il ruolo di “giudici universali delle atrocità commesse all'estero”.³⁶ In base a questa ideologia, il diritto penale internazionale si ridurrebbe a essere un diritto speciale per *rogue states* – come tale superfluo per le democrazie.

Tuttavia andrebbe tenuto nella debita considerazione anche il fatto che l'atteggiamento di crescente chiusura degli Usa nei confronti della giurisdizione penale internazionale è legato alla crescente criminalizzazione della sua politica da parte di larghi settori dell'opinione pubblica mondiale. L'etica umanitaria della società civile mondiale e la politica emergenziale degli stati sovrani (dove a restare pienamente sovrani nel mondo contemporaneo sono soltanto gli stati imperiali) entrano fatalmente in rotta di collisione. L'ampio e piuttosto elastico concetto di *conspiracy*, che a Norimberga era servito ad aggirare ostacoli frapposti dalla dottrina giuridica continentale, si è ritorto, nell'accezione di complicità nei confronti dei crimini contro l'umanità, contro i suoi stessi sostenitori, diventando un passe-partout per ogni genere di criminalizzazione. La diffidenza della superpotenza americana nei riguardi della giurisdizione penale internazionale ha sicuramente comprensibili radici nella sua esposizione al rischio di essere chiamata a rendere conto di scelte strategiche che configurano complicità con politiche criminali di governi più o meno apertamente sostenuti dal dipartimento di Stato o quantomeno dagli apparati, in larga misura sottratti a controllo democratico, dei servizi segreti.

Negli anni della Guerra fredda la giurisprudenza di Norimberga, con la sua definizione della guerra d'aggressione come “supremo crimine internazionale”, è stata ripetutamente chiamata in causa contro gli Stati Uniti da tribunali morali della società civile, come i Tribunali Russell.³⁷ A riprova del fatto che quella amministrata a Norimberga fosse stata “giustizia dei vincitori” si è spesso rilevato che, dopo la Seconda guerra mondiale, tutti i presidenti americani avevano intrapreso, senza il consenso del Congresso, azioni militari all'estero, Truman in Corea, Eisenhower in Libano, Kennedy a Cuba, Johnson in Vietnam e nella Repubblica Domenicana, Nixon in Cambogia. In anni più recenti, sono state poi notizie circa i crimini di guerra commessi in occasione della prima guerra del Golfo, degli interventi Nato contro la Jugoslavia, dell'attacco all'Afghanistan e soprattutto della guerra contro

l'Iraq (a proposito della quale, non potendo essere persuasivamente addotta nessuna delle tre superstite legittimazioni della guerra: 1. autorizzazione dell'Onu, 2. legittima difesa e 3. intervento umanitario, si è con insistenza, e non solo da parte islamica, evocato il crimine contro la pace), a rinfocolare il dibattito.³⁸ L'eredità di Norimberga continua pertanto ad apparire problematica.

In generale, il timore dei critici della giurisdizione penale internazionale è che anziché contribuire alla pacificazione del sistema internazionale essa incentivi il ricorso a guerre preventive. Perché possa efficacemente funzionare come dispositivo di deterrenza, un sistema di giurisdizione penale internazionale deve essere infatti in grado di svolgere indagini nei territori in cui i crimini internazionali sono stati commessi e in grado di assicurare i colpevoli al tribunale: poiché però, in assenza di forze internazionali di polizia, questo può essere garantito solo dalla presenza di contingenti militari sotto l'egida dell'Onu, se ne può facilmente dedurre che la funzionalità di un tale sistema penale sarà tanto maggiore quanto più alta sarà la propensione della comunità internazionale a finanziare e a svolgere "interventi umanitari" nella forma di occupazioni militari sempre esposte al rischio di essere coinvolte in conflitti che non sono in condizione di controllare.

Fra i processi internazionali o per crimini internazionali che sono stati celebrati nell'ultimo quindicennio il processo a Saddam Hussein può essere considerato quello che ha raccolto la più problematica eredità di Norimberga.³⁹ Lo Statuto del tribunale, sia pur modellato su precedenti esperienze di tribunali internazionali, se ne differenziava per alcuni aspetti importanti: per la composizione nazionale e la modalità di istituzione della Corte e perché prevedeva la pena di morte. Era poi escluso che avesse giurisdizione su crimini commessi da americani sul territorio iracheno. Più che una tappa fondamentale nel processo di globalizzazione di standard unitari del diritto penale esso ha rappresentato un passo indietro: "A cynical exercise in political manipulation", come è stato detto, "a tragedy of missed opportunity".⁴⁰

NOTE

¹ C. Meier, *La nascita della categoria del politico in Grecia*, il Mulino, Bologna 1988.

² Sull'immaginario giudiziario greco fondamentali sono D.S. Allen, *The World of Prometheus. The Politics of Punishing in Democratic Athens*, Princeton University Press, Princeton 2000; D.D. Phillips, *Avengers of Blood*, cit. Sul sistema giudiziario greco M.H. Hansen, *The Sovereignty of the People's Court in Athens in the Fourth Century B.C. and the Public Action against Unconstitutional Proposals*, Odense University Press, Odense 1974 e Id., *Eisangelia. The Sovereignty of the People's Court in Athens in the Fourth Century B.C. and the Impeachment of Generals and Politicians*, Odense University Press, Odense 1975; D.M. MacDowell, *The Law in Classical Athens*, Thames and Hudson, London 1978; D. Cohen, *Law, Violence, and Community in Classical Athens*, Cambridge University Press, Cambridge 1995; St. Johnstone, *Disputes and Democracy. The Consequences of Litigation in Ancient Athens*, University of Texas Press, Austin 1999; L. Rubinstein, *Litigation and Cooperation. Supporting Speakers in the Courts of Classical Athens*, Steiner, Stuttgart 2000; A. Lanni, *Law and Justice in the Courts of Classical Athens*, Cambridge University Press, Cambridge 2006.

³ V. Di Benedetto, *L'ideologia del potere e la tragedia greca. Ricerche su Eschilo*, Einaudi, Torino 1978, p. 231. Per le citazioni dalle *Eumenidi* è stata utilizzata l'edizione di Eschilo, *Tragedie e frammenti*, a cura di G. e M. Morani, Utet, Torino 1987. Sulle controversie poste dall'interpretazione di questa tragedia in chiave giuridica e politica, in dissenso con l'interpretazione proposta da C. Meier, *L'arte politica della tragedia*, Einaudi, Torino 2000 (ed. or. 1988), cfr. H. Flashar, *Orest vor Gericht*, in W. Eder, K.-J. Hoelkeskamp (a cura di), *Volk und Verfassung im vorhellenischen Griechenland*, Steiner, Stuttgart 1997, pp. 99-111 e M. Braun, *Die "Eumeniden" des Aischylos und der Areopag*, Narr, Tübingen 1998: questo saggio intende mettere in luce come la tragedia non vada analizzata domandandosi se Eschilo appartenesse al partito democratico o a quello antidemocratico ma

piuttosto evidenziando la sua concezione dell'Areopago come organo di garanzia al di sopra delle parti: sul punto V. Di Benedetto, *L'ideologia del potere e la tragedia greca*, cit., p. 225, argomenta come il discorso politico condotto da Eschilo nell'*Orestea* non contraddica le competenze specifiche rimaste all'Areopago dopo la riforma di Efialte. Cfr. E. Cantarella, *Dalla vendetta alla pena. Pena di morte. Giustizia o assassinio?*, Rizzoli, Milano 2007; Id., *Dalla vendetta alla pena. Un equilibrio difficile*, in P. Costa (a cura di), *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, Feltrinelli, Milano 2010, pp. 89-118.

⁴ L. Burckhardt, J.V. Ungern-Sternberg (a cura di), *Grosse Prozesse im antiken Athen*, Beck, München 2000; S. Castaldi, *I processi agli strateghi ateniesi della prima spedizione in Sicilia e la politica cleoniana*, in M. Sordi (a cura di), *Processi e politica nel mondo antico*, Vita e pensiero, Milano 1996, pp. 37-63. Cfr. per il mondo antico anche L. Loreto, *I processi ai generali a Cartagine. Prime considerazioni sul diritto pubblico e guerra nello stato punico*, ivi, pp. 107-128.

⁵ Tucidide, *La guerra del Peloponneso*, III, 75, 1 (tr. di L. Canfora), Einaudi-Gallimard, Torino 1996, p. 429.

⁶ M. Weber, *Economia e società*, a cura di P. Rossi, Edizioni di Comunità, Milano 1974, II, p. 671. L'Eliea non coincideva con l'assemblea, sebbene fosse composta da gran parte della cittadinanza, arrivando a contare 6000 membri. Questo tribunale popolare disponeva di funzionari, i tesmoteti, e si riuniva in 5 camere (*dikasteria*), con 201 o 401 giudici nelle cause civili, 501, 1001 o 1501 nei processi politici. Nel processo delle Erme del 415 a.C. entrarono in funzione tutti i 6000 eliaisti (Tucidide, VI, 27; Diog. Laerzio, II, 41).

⁷ Cfr. M.R. Christ, *The Litigious Athenian*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore 1998, pp. 48-71.

⁸ M. Weber, *Economia e società*, cit., II, pp. 126 e 135.

⁹ E. Narducci, *Processi ai politici nella Roma antica*, Laterza, Roma-Bari 1995, p. 33. Cfr. E.S. Gruen, *Roman Politics and the Criminal Courts, 149-78 B.C.*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1968; U. Manthe, J.V. Ungern-Sternberg (a cura di), *Grosse Prozesse der römischen Antike*, Beck, München 1997; D. Liebs, *Vor den Richtern Roms. Berühmte Prozesse der Antike*, Beck, München 2007; S. Sigismund, *Der politische Mord in der späten Römischen*

Republik, Kovač, Hamburg 2008.

¹⁰ Sui processi politici in Machiavelli J.P. McCormick, *Power, Persuasion and the Patrician Perspective in Machiavelli's Discourses*, in A. Arienzo, G. Borrelli (a cura di), *Anglo-american Faces of Machiavelli. Machiavelli e machiavellismi nella cultura anglo-americana (secoli XVI-XX)*, Polimetrica, Monza 2009, pp. 405-455.

¹¹ G. Cadoni, *Il Cerretani, Machiavelli e una provvisione sulla giustizia penale*, in Id., *Lotte politiche e riforme istituzionali a Firenze tra il 1494 e il 1502*, Istituto Storico Italiano per il Medio Evo, Roma 1999, pp. 237-245. Cfr. B. Cerretani, *Dialogo della mutatione di Firenze*, a cura di R. Mordenti, Roma 1990 e Id., *Storia fiorentina*, a cura di G. Berti, Olschki, Firenze 1993.

¹² Sulle critiche all'ordinamento giudiziario fiorentino cfr. *Discorsi*, I, 8. Sul punto G. Sasso, *Niccolò Machiavelli*, I, *Il pensiero politico*, il Mulino, Bologna 1993, pp. 544-549.

¹³ C. Ruggeri, *Il processo "panellenico" di Temistocle*, in M. Sordi, *Processi e politica nel mondo antico*, cit., pp. 29-35.

¹⁴ Cfr. H. Brauer-Gramm, *Der Landvogt Peter von Hagenbach. Die burgundische Herrschaft am Oberrhein, 1469-74*, Musterschmidt, Göttingen 1957; W. Paravicini, *Hagenbachs Hochzeit. Ritterlich-höfische Kultur zwischen Burgund und dem Reich im 15. Jahrhundert*, in K. Krimm, R. Brüning (a cura di), *Zwischen Habs burg und Burgund. Der Oberrhein als europäische Landschaft im 15. Jahrhundert*, Thorbecke, Ostfildern 2003, pp. 13-60 e G. Claerr-Stamm, *Pierre de Hagenbach. Le destin tragique d'un chevalier sundgauvien au service de Charles le Téméraire*, Société d'histoire du Sundgau, Altkirch 2004 (sulla composizione del tribunale e sul processo, definito sommario, pp. 175-176).

¹⁵ G. Claerr-Stamm, *Pierre de Hagenbach*, cit., p. 180: "Les avocats du bailli demandent en conséquence que le tribunal soit déclaré incompétent. Pierre de Hagenbach n'ayant agi que sur ordre de son souverain, ne peut être tenu responsable de ses actes".

¹⁶ G. Hankel, *Die Leipziger Prozesse*, cit., p. 519. Inoltre K. Müller, *Oktroyerte Verliererjustiz nach dem Ersten Weltkrieg*, "Archiv für Völkerrecht", 39 (2001), pp. 202-222; J. Laughland, *A History of Political Trials. From Charles I to Saddam Hussein*, Lang, Oxford 2008, pp. 51-61.

¹⁷ Sul radicale fallimento di questo primo tentativo di processare i responsabili di un genocidio, peraltro sempre negato dai governi turchi, informa T. Akçam, *Armenien und das Völkerrecht. Die Instambuler Prozesse und die türkische Nationalbewegung*, Hamburger Edition, Hamburg 1996, pp. 92-93.

¹⁸ J.W. Willis, *Prologue to Nuremberg: The Policy and Diplomacy of Punishing War Criminals of the First World War*, Greenwood, Westport (Conn.) 1982, p. 163: a Berlino vengono assassinati Talaat Pasha e in seguito Behaeddin Shakir e Djemal Azmi, a Roma il principe Said Halim Pasha, a Tiflis Djemal Pasha, oltre a Enver Pasha caduto probabilmente per mano armena sul fronte caucasico.

¹⁹ Questa doppiezza è l'oggetto della requisitoria di D. Zolo, *La giustizia dei vincitori*, cit. L'atto d'accusa è vecchio quanto il processo di Norimberga, che suscitò le critiche non solo dei giuristi moralmente e politicamente coinvolti (anche se magari non direttamente processati, come Carl Schmitt, di cui si può vedere ora, a cura di Helmut Quaritsch, *Risposte a Norimberga*, Laterza, Roma-Bari 2006) ma anche di intellettuali che del dogma della sovranità statale – alla base dell'impunità di ogni atto politico – erano oppositori convinti, come H. Kelsen, *La pace attraverso il diritto*, Giappichelli, Torino 1990 (ed. or. 1943), e H. Arendt, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Feltrinelli, Milano 1992 (ed. or. 1963). Per una lettura "revisionistica" del processo M.P.A. Hankey, *Politics, Trials and Errors*, Pen-in-Hand, Oxford 1950 (in cui è messa in discussione anche la categoria di crimini contro l'umanità); W. Maser, *Nürnberg. Tribunal der Sieger*, Econ, Düsseldorf 1977; J. Friedrich, J. Wollenberg (a cura di), *Licht in den Schatten der Vergangenheit. Zur Enttabuisierung der Nürnberger Kriegsverbrecherprozesse*, Ullstein, Frankfurt a.M. 1987.

²⁰ Nell'autunno 1943 era stata costituita la United Nations War Crimes Commission (Unwcc), con il compito di apprestare le liste degli imputati: fino al luglio 1947 appaiono 60 liste con 28.440 nomi, di cui quasi un quarto (6197) segnalati dalla Polonia; a compimento della sua attività, nel febbraio 1948, si era arrivati all'identificazione di 36.529 persone: cfr. N. Frei, *Nach der Tat*, in Id., *Trans nationale Vergangenheitspolitik*, Wallenstein, Göttingen 2006, p. 11; M. Roth, *Herrenmenschen*, cit., p. 313.

²¹ Cfr. L. Douglas, *The Memory of Judgment. Making Law and History in the Trials of Holocaust*, Yale University Press, New Haven 2001.

²² H. Kelsen, *La pace attraverso il diritto*, cit. Sul dibattito di quegli anni in materia si vedano anche H. Lauterpacht, *The Law of Nations and the Punishment of War Crimes* (1944); H. Kelsen, *Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?* (1947); G. Schwarzenberger, *The Judgment of Nuremberg* (1947), e altri contributi classici ora raccolti nella prima parte della fondamentale raccolta a cura di G. Mettraux, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Oxford University Press, Oxford 2008. Si vedano inoltre G. Hankel, G. Stuby (a cura di), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, Hamburger Edition, Hamburg 1995; A. Wieviorka (a cura di), *Les procès de Nuremberg et Tokyo*, Complexe, Bruxelles 1996; G.J. Bass, *Stay the Hand of Vengeance*, cit.; A. Eser, *Das Internationale Militärtribunal von Nürnberg aus deutscher Perspektive*, in R. Reginbogin, C.J.M. Safferling (a cura di), *The Nuremberg Trials. International Criminal Law Since 1945*, Saur, München 2006, pp. 53-59.

²³ L'articolo 6 dello Statuto di Londra, pur senza fornire una definizione precisa del concetto, stabiliva: "Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan". I critici si sono accaniti contro il concetto di *conspiracy*, ritenuto così ampio da poter catturare chiunque nella sua rete: cfr. S. Pomorski, *Conspiracy and Criminal Organization*, in G. Ginsburgs, V.N. Kudriavtsev (a cura di), *The Nuremberg Trial and International Law*, Nijhoff, Dordrecht 1990, pp. 213-248; O. Diggelmann, *Staatsverbrechen und internationale Justiz. Zur Einlösbarkeit der Erwartungen an internationale Straftribunale*, "Archiv des Völkerrechts", 45 (2007), p. 389.

²⁴ Cfr. H. Ahlbrecht, *Geschichte*, cit., pp. 74-75; M. Boot, *Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*, Intersentia, Antwerp 2002.

²⁵ H. Vest, *Genozid durch organisatorische Machtapparate. An der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit*,

Nomos, Baden-Baden 2002; Id., *Kollektive Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht*, in D. Gerber, V. Zanetti (a cura di), *Kollektive Verantwortung*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 2010, pp. 328-329.

²⁶ H. Jäger, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft. Studien zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1982; Id., *Makrokriminalität*, cit.; Id., *Hört das Kriminalitätskonzept vor der Makrokriminalität auf? Offene Fragen und Denkansätze*, in F. Neubacher, A. Klein (a cura di), *Vom Recht der Macht zur Macht des Rechts? Interdisziplinäre Beiträge zur Zukunft internationaler Strafgerichte*, Duncker & Humblot, Berlin 2006, pp. 45-69.

²⁷ Per il processo di Tokyo, anch'esso tradizionalmente esposto all'accusa di essere "giustizia dei vincitori" – questa la tesi della monografia più conosciuta in materia, quella di R. Minear, *Victors' Justice: The Tokyo War Crimes Trial*, Princeton University Press, Princeton 2001 (ed. or. 1971) –, il testo di riferimento fondamentale, fondato su un'approfondita analisi delle fonti (che non ha precedenti) è ora Y. Totani, *The Tokyo War Crimes Trial. The Pursuit of Justice in the Wake of World War II*, Harvard University Asia Center, Cambridge (Mass.) 2008. In esso si fa ampio riferimento alle tesi critiche di Awaya Kentarō, che a partire dagli anni ottanta ha significativamente innovato la storiografia nipponica sull'argomento, mostrando come "this trial was neither a revenge trial nor a just trial, but one that fell somewhere in between" (pp. 246-247). Sulla guerra biologica, su cui a Tokyo fu steso un velo: S.H. Harris, *Factories of Death: Japanese Biological Warfare 1932-45 and the American Cover-up*, Routledge, London 1994. Fondamentali restano anche B.V.A. Röling, F. Rüter, *The Tokyo Judgment*, Amsterdam University Press, Amsterdam 1977; B.V.A. Röling, A. Cassese, *The Tokyo Trial and Beyond*, Polity Press, London 1993.

²⁸ V. Abellán Honrubia, *La responsabilité internationale de l'individu*, in Académie de Droit International, *Recueil des Cours*, Paris 1999, t. 280, pp. 135-428.

²⁹ W.A. Schabas, *The UN International Criminal Tribunals. The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, p. 3.

³⁰ Per un processo esemplare cfr. G.D. Solis, *Son Thang. An American War Crime*, Naval Institute Press, Annapolis 1997.

³¹ B.V.A. Röling, A. Cassese, *The Tokyo Trial and Beyond*, cit., p. 101.

³² Adam Jones, Executive Director del Gendercide Watch, ha curato nel 2004 un ampio volume sui crimini internazionali di cui l'Occidente (ma in primo luogo gli Stati Uniti) si è reso responsabile o complice: A. Jones, *Introduction: History and Complicity*, in Id. (a cura di), *Genocide, War Crimes and the West. History and Complicity*, Zed Books, London 2004, p. 22: "*Genocide, War Crimes and the West* aims to be the most comprehensive collection of its kind ever published". Ma il repertorio di questo genere di letteratura, anche a limitarsi ai contributi migliori, occuperebbe qui molte pagine: oltre agli innumerevoli scritti politici di Noam Chomsky ricordo almeno A. George (a cura di), *Western State Terrorism*, Polity Press, London 1990; R. Clark, *The Fire This Time. U.S. War Crimes in the Gulf*, Thunder's Mouth Press, New York 1992; W. Blum, *Rogue State. A Guide to the World's Only Superpower*, Zed Books, London 2001; E.A. Henderson, *Democracy and War. The End of an Illusion?*, Lynne Rienner, Boulder (Col.) 2002; M. Mandel, *How America Gets Away With Murder. Illegal Wars, Collateral Damage and Crimes Against Humanity*, Pluto Press, London 2004.

³³ P. Minnerop, *Paria-Staaten im Völkerrecht?*, Springer, Berlin 2004.

³⁴ Cfr. C. Bouquémont, *La Cour Pénale Internationale et les États-Unis*, L'Harmattan, Paris 2003, p. 130: "Il est difficile de comprendre comment un État peut être, à la fois, le principal instigateur des tribunaux *ad hoc* et refuser toute participation à une institution qui fait de ces tribunaux un acquis permanent". M. Biegi, *Die humanitäre Herausforderung. Der International Criminal Court und die Usa*, Nomos, Baden-Baden 2004, pp. 125-161; P. Mori, *Gli accordi di esenzione ex art. 98 dello Statuto della Corte penale internazionale*, "Rivista di diritto internazionale", 86 (2003), pp. 1000-1042.

³⁵ L. Friedman Goldstein, *State Reaction in Two Trans-State Courts. The European Court of Justice (1958-1994) and the U.S. Supreme Court (1789-1860)*, in M.L. Volcansek (a cura di), *Law above Nations. Supranational Courts and the Legalization of Politics*, cit., pp. 20-32.

³⁶ A. Cassese, *Diritto internazionale*, a cura di P. Gaeta, il Mulino,

Bologna 2003, II, p. 109.

³⁷ Il Tribunale Russell sul Vietnam fu istituito nel 1966 fondando la sua legittimazione morale sull'opinione pubblica mondiale: B. Russell, *War Crimes in Vietnam*, Allen & Unwin, London 1967. Non possedeva tuttavia alcuna legittimità internazionale. Cfr. H. Ahlbrecht, *Geschichte*, cit., pp. 155-183, Y. Beigbeder, *Judging War Criminals*, cit., pp. 137-145.

³⁸ Cfr. D.B. MacDonald, *The Fire in 1999? The United States, Nato and the Bombing of Yugoslavia*, in A. Jones (a cura di), *Genocide, War Crimes and the West*, cit., pp. 276-298; A. Jones, *Afghanistan and Beyond*, ivi, pp. 383-403 e D.J. Halliday, *US Policy and Iraq: A Case of Genocide?*, ivi, pp. 264-276.

³⁹ B.T. Wilkins, *Accountability for War Crimes and the Legacy of Nuremberg*, in A. Jokić (a cura di), *War Crimes and Collective Wrongdoing*, cit. pp. 113-136.

⁴⁰ M. Sissons, M. Wierda, *Political Pedagogy, Baghdad Style: The Dujail Trial of Saddam Hussein*, in E.L. Lutz, C. Reiger, *Prosecuting Heads of State*, cit., pp. 233-274, qui p. 262. "The Dujail trial disappointed almost everyone. For most Iraqis, it was inconveniently long and legalistic; for most international legal experts, it took place before a crippled show court that did little to uphold the rule of law" (p. 259). Inoltre J. Laughland, *A History of Political Trials*, cit., pp. 237-249.

4. I tribunali e l'Olocausto

Tra i frutti durevoli della giurisprudenza legata al nome di Norimberga va annoverata, come si è detto, la definizione della categoria di “crimini internazionali”. La tripartizione di crimini contro l'umanità, crimini di guerra e crimine contro la pace risale all'articolo 6 dello Statuto del Tribunale militare internazionale (Imt) istituito dall'accordo di Londra dell'8 agosto 1945. Essa è stata ribadita negli articoli 16-20 del *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind* del 1996 e negli articoli 5-8 del *Rome Statute of the International Criminal Court* del 1998. Nell'articolo 6 dello Statuto dell'Imt veniva certo affermato un principio rivoluzionario per il diritto internazionale, perché la definizione di quei crimini metteva radicalmente in discussione il principio di sovranità. Nella sentenza del Tribunale non era però ancora valorizzata la possibilità di distinguere il crimine contro l'umanità dai tradizionali crimini di guerra, rispetto ai quali esso appariva accessorio. È con la legge del Consiglio di controllo n. 10 del 20 dicembre 1945 che quel crimine cessa di essere considerato accessorio, rispetto agli eventi bellici, e diventa un crimine autonomo. Assente era invece in entrambi quei documenti (Statuto e sentenza) ogni riferimento al genocidio, assunto comunque pochi anni dopo a categoria centrale della criminologia politica e del diritto penale internazionale con la *Convention on Genocide* (1948).¹ Da allora anche il crimine di genocidio ha trovato riconoscimento in una pluralità di documenti internazionali. Anche lo Statuto di Roma dell'Icc ha estrapolato come fattispecie particolare il genocidio dai crimini contro l'umanità, dando così definitiva configurazione a una tipologia quadripartita. Questa quadripartizione è oggi assunta alla base delle più recenti – e per impostazione più moderne – trattazioni sistematiche del diritto penale internazionale.²

Anche se il crimine di genocidio non si collocò al centro del dibattito del processo principale di Norimberga (e non vi fu nemmeno nominalmente presente) e anche se in molti dei processi

celebrati negli anni successivi in Germania dalle potenze occupanti ai crimini di guerra continuò a essere rivolta attenzione preminente a scapito della considerazione dei crimini contro l'umanità (in ossequio a un orientamento tradizionalistico che faceva fatica a recepire le novità dello Statuto di Londra e delle stesse risultanze processuali), allo sterminio degli ebrei europei il processo riservò inevitabilmente molta attenzione. Furono soprattutto i rappresentanti americani e sovietici dell'accusa a dare il maggior contributo alla sua elaborazione giudiziaria: i primi concentrandosi, in base alla divisione dei compiti convenuta nella fase delle indagini, sulla ideazione, sulla pianificazione e sull'organizzazione esecutiva dei crimini, i secondi avendo a disposizione la maggiore quantità di materiale probatorio ed essendo stati gli unici a far comparire davanti alla corte tre sopravvissuti ai ghetti e ai campi di concentramento. Complessivamente, tuttavia, la strategia dell'accusa restò ancorata all'assunzione che le persecuzioni degli ebrei non costituissero un crimine *sui generis* ma fossero semplicemente parte di un piano più generale di sopraffazione demografica e geopolitica, mentre, soprattutto da parte britannica e (per ragioni più strumentali di politica interna: il tabù di Vichy) francese, continuarono a pesare sia una certa ideologica incredulità riguardo all'enormità dei fatti documentati sia la propensione ad accoglierne una lettura intenzionalistica, che oscurava le concrete responsabilità dietro la figura dominante di Hitler e di una ristretta cerchia di imputati (appunto i 22 fatti comparire davanti al tribunale).³

Al processo principale fecero seguito, sempre a Norimberga, davanti a tribunali militari americani, i cosiddetti "successivi processi", *Nachfolgeprozesse* (12 di numero, con complessivi 184 imputati), a cui venne affidata la funzione di fare luce sulle responsabilità di componenti di quello che si sarebbe chiamato il "complesso militar-industriale" del regime (magnati dell'industria, alti funzionari, militari, SS ma anche medici e giuristi) nell'attuazione dei suoi piani di guerra e sterminio.⁴ La preparazione del dispositivo accusatorio fu affidata all'Office of the Us Chief of Counsel for War Crimes diretto da Telford Taylor (che già al processo principale aveva operato nella preparazione dell'accusa al fianco di Robert Jackson): anche in questi processi, benché la Legge del consiglio di controllo n. 10 (del 20 dicembre 1945), a differenza dello Statuto di Londra, non limitasse la

giurisdizione sui crimini contro l'umanità al periodo di guerra, le corti si attenero a un'interpretazione restrittiva della sentenza del processo principale e continuarono a perseguire solo i reati commessi a partire dal settembre 1939. Analogamente, davanti a tribunali militari americani furono celebrati i 119 processi di Dachau (con complessivi 1672 imputati): ancora in questi casi i crimini contro l'umanità commessi nel campo di concentramento, e ai quali divenne consuetudine riferirsi con il termine "crimini nazisti", vennero perseguiti dai tribunali esclusivamente come crimini di guerra.⁵

I processi di Norimberga e i contemporanei processi di Dachau celebrati dall'amministrazione militare americana dettarono sostanzialmente le regole sulla giustizia penale intorno ai crimini internazionali. Ma negli anni seguenti gran parte dei processi legati ai crimini commessi dalla Germania nazista e culminati nella Shoah ebbero luogo in una dimensione nazionale.⁶ Avendo l'articolo 3 della Legge del consiglio di controllo n. 10 previsto che le potenze occupanti potessero autorizzare tribunali tedeschi a processare i propri connazionali, l'esercizio della giurisdizione sui crimini di guerra e sui crimini contro l'umanità passò progressivamente al sistema giudiziario nazionale. Ma poiché la Repubblica federale di Germania non aveva incorporato il diritto di Norimberga nel suo codice penale e solo nel 1954 (ma senza validità retroattiva) avrebbe riconosciuto la fattispecie di genocidio, i processi davanti ai tribunali nazionali tedeschi, per quanto numerosi, nel primo decennio di vita della repubblica non diedero alcun contributo significativo alla chiarificazione delle dinamiche dello sterminio.

Nelle zone d'occupazione occidentali, i tribunali tedeschi, soprattutto con la ritrovata sovranità, si rifiutarono di applicare il diritto degli Alleati e si richiamarono in maniera sempre più esplicita alla tradizione giuridica nazionale.⁷ Già dalla fine del 1945, certo, essi erano stati autorizzati a processare connazionali per crimini contro tedeschi e apolidi; dal 1950 l'autorizzazione si estese a tutti i crimini nazisti, anche a quelli commessi contro gli Alleati. Ma le indagini giudiziarie sui crimini nazisti vennero praticamente accantonate per dar corso alle scarcerazioni e all'amnistia *de facto* della prescrizione dei reati. Si è parlato a ragione per questa fase di "amnistia fredda". Le negoziazioni fra tedeschi e Alleati nei primi anni cinquanta ebbero in questa materia

come oggetto principale proprio la revisione dei risultati dei processi alleati sui criminali di guerra.⁸ La rimozione e la riluttanza ad avviare procedimenti concernenti il passato recente da parte della magistratura, che in larghissima parte aveva superato indenne lo scoglio della denazificazione, costituirono i fattori politicoculturali che più avrebbero condizionato l'intera vicenda dell'elaborazione giudiziaria.⁹

In conseguenza di questi orientamenti, naturalmente, la possibilità di fruire di complicità presso i tribunali nazionali e di essere assolti fu considerevole.¹⁰ Rispetto a una stima di 200-250.000 tedeschi (e austriaci) coinvolti nell'organizzazione e nell'esecuzione dello sterminio degli ebrei europei (e di altre minoranze perseguitate), per alcune decine di migliaia dei quali esistevano i presupposti concreti per un'incriminazione, i tribunali tedesco-occidentali pronunciarono non più di 500 condanne. Per limitarsi a un esempio piuttosto eloquente: degli 8000 appartenenti alle SS che avevano operato ad Auschwitz tra il maggio 1940 e il gennaio 1945 solo 800 furono processati, di cui circa 700 da tribunali polacchi, solo 45 da tribunali tedeschi.¹¹ Anche a considerarlo nella prospettiva del lungo periodo, il bilancio della giustizia tedesca sui crimini nazisti appare molto deludente: dalla fine della guerra al 1992 i pubblici ministeri hanno dato inizio a 103.823 procedimenti, dai quali sono risultate solo 6487 condanne, 13 a morte, 163 all'ergastolo, 6197 ad altre pene detentive. L'esiguità della cifra appare ancor più evidente se la si compara con i dati complessivi della resa dei conti giudiziaria con i crimini nazisti in tutti i paesi in cui siffatti processi ebbero luogo: almeno 320.000 i procedimenti e gli imputati (ma è una stima per difetto), circa 100.000 i tedeschi e gli austriaci condannati per crimini di guerra e crimini nazisti dopo la guerra (e fino a oggi).¹²

A partire dagli anni cinquanta la stagione della rimozione, dell'amnistia e della *Wiedergutmachung*, durante la quale vengono poste in primo piano le vittime civili del popolo tedesco, ha pesato irreversibilmente su questo bilancio. Ma una svolta interviene con gli anni sessanta, dopo che a Gerusalemme il processo ad Adolf Eichmann ha riportato al centro dell'attenzione internazionale il crimine della Shoah come genocidio, dunque come forma estrema di crimine contro l'umanità. Nel frattempo la Blutrichter-Kampagne orchestrata nel 1957 con finalità di autolegittimazione dalla Ddr (che denunciava la Brd

come “Staat des Justizmordes und der Justizmörder”¹³), gli scandali intorno a un’amministrazione che era rimasta in buona misura nelle mani di funzionari legati al passato regime, l’Einsatzgruppen-Prozess di Ulm del 1958, l’istituzione nello stesso anno della Zentrale Stelle der Landes justizverwaltungen zur Aufklärung von NS-Verbrechen a Ludwigsburg, ma più in generale il ricambio generazionale nella società civile hanno creato le condizioni per un nuovo rapporto con il passato nazionalsocialista e per una stagione giudiziaria che affronti senza reticenze gli orrori dei campi di sterminio.¹⁴ Questo avviene a Francoforte con il processo sui crimini di Auschwitz, durante il quale (dal dicembre 1963 all’agosto 1965) 22 imputati non appartenenti, questa volta, alle alte gerarchie del regime, bensì ai gradi inferiori dell’apparato persecutorio, vengono messi a confronto con un imponente apparato documentario e, ciò che conferì una inedita impronta drammatica a questo processo, con un gran numero di testimonianze di vittime (oltre 350, provenienti da 19 paesi). Il processo di Francoforte risultò essere il maggior processo per omicidio dell’intera storia giudiziaria tedesca.¹⁵

In virtù della giurisdizione conseguente ai processi di Norimberga e del consapevole sforzo di collocarla nel quadro di un’organica “politica del passato”, quello della Germania è diventato il caso in assoluto più studiato di elaborazione giudiziaria del passato.¹⁶ Che questo esperimento sia stato spesso considerato fallito alla luce delle ragioni pragmatiche che rapidamente indussero le potenze occupanti (occidentali) a fare marcia indietro e a temperare la radicalità dei loro intenti, accettando progressivamente la domanda di amnistia che veniva da gran parte della società tedesca, non toglie evidenza al fatto che l’esito sia stato positivo per quanto concerne la nascita e il consolidamento della democrazia di Bonn. La vicenda tedesca della denazificazione illustra in modo esemplare il caso di una epurazione giudiziaria avviata con radicalità (ma con incomplete conoscenze dei fatti) da potenze occupanti e poi portata avanti con maggiore prudenza da una classe politica rinnovata e non compromessa con il precedente regime; mostra però anche come l’insabbiamento della resa dei conti giudiziaria con il passato sia stato perseguito con sistematicità da quella parte di apparato amministrativo (magistratura, burocrazie ministeriali, burocrazie locali) che invece era ampiamente

compromessa; e mostra ancora come questa contraddittoria esperienza abbia finito per favorire un'elaborazione culturale del passato che non ha precedenti né paragoni nella storia.

A contrastare con lo scenario tedesco è invece il caso italiano, dove l'eredità della dittatura fascista, sotto il profilo criminale assai meno pesante, e il lascito politicamente esplosivo di una situazione di guerra civile fecero maturare più rapidamente la domanda di amnistia (anche se non una cultura della riconciliazione); ma dove soprattutto la debolezza di un input esterno, come quello delle potenze occupanti in Germania, fece sì che grandi processi a criminali di guerra non si celebrassero (e anche i minori furono in numero esiguo). I maggiori processi, quello ai generali von Mackensen e Mältzer a Roma e quello a Kesselring a Venezia, si svolsero davanti a corti marziali britanniche e si conclusero con sentenze di morte, che tuttavia furono rapidamente commutate e infine annullate, così che sia Mackensen sia Kesselring si ritrovarono in libertà già nel 1952.¹⁷ Anche in relazione al perseguimento dei criminali nazisti, dunque, la giustizia italiana non mostrò particolare accanimento (a differenza di quanto è stato affermato in relazione ad alcuni processi).¹⁸

Anche per quanto concerne la Francia, a una prima fase di fervore giudiziario ne seguì, almeno dal 1955, una di rimozione, che a sua volta fu superata solo a partire dagli anni settanta. Fin dal processo di Norimberga, De Gaulle aveva dato disposizioni di prudenza, per evitare lacerazioni interne. Così Werner Best, dal 1940 al 1942 a capo della sezione amministrativa presso il comando militare d'occupazione, non fu processato per non coinvolgere la polizia francese che aveva collaborato con lui. Nell'immediato dopoguerra il *Service de recherche des crimes de guerre ennemis* aveva censito circa 20.000 crimini di guerra tedeschi (inclusi i crimini contro l'umanità), ma per oltre 16.000 casi la magistratura inquirente decise il non luogo a procedere; alla fine i tribunali militari pronunciarono 2345 sentenze, di cui 1314 in contumacia (circa 800 condanne a morte, per lo più in contumacia, solo 47 eseguite) e 377 assoluzioni.¹⁹

Nel complesso, si può sostenere che le aspettative nei confronti dei processi si sono rivelate ovunque eccessive, in relazione al fatto che assai difficile risultava il contemperamento degli obiettivi perseguiti dai procedimenti giudiziari. Jon Elster li ha efficacemente sintetizzati nel

suo lavoro: per rispondere alla domanda che ne forniva la legittimazione, i processi avrebbero dovuto essere “*solleciti*, ossia iniziare subito dopo la fine delle ostilità [...], *veloci*, ossia concludersi rapidamente [...], *severi*, ossia contemplare la pena di morte e la condanna a pene detentive pesanti [...], *giusti*, sia nel senso sostantivo di punire in base al grado di colpevolezza effettivo, sia nel senso procedurale di rispettare le regole dello stato di diritto [...], *estes*, ossia condannare un’alta percentuale di collaborazionisti [...], *efficaci*, ossia utilizzare le risorse scarse disponibili nel modo più efficiente possibile”.²⁰ La sequela di processi tardivi, che si sono trascinati fino agli inizi del XXI secolo, e a proposito dei quali si può sostenere che posseggano ancora esemplarità solo in quanto protesi di una cultura della memoria ossessionata dallo spettro del proprio decadimento, non ha fatto che rendere ancora più evidente le inadeguatezze della passata stagione storica di elaborazione giudiziaria del crimine politico.

Non si può d’altro canto disconoscere che l’enorme giurisprudenza sull’Olocausto ha comunque sortito effetti duraturi. I crimini contro l’umanità, che, come si è detto, nei processi delle amministrazioni militari dell’immediato dopoguerra avevano finito per essere trascurati a vantaggio della esclusiva considerazione dei crimini di guerra, hanno progressivamente cessato di essere, come nello Statuto dell’Imt, punibili solo se commessi in connessione a crimini di guerra o contro la pace. Il genocidio è avanzato a categoria centrale della criminologia – per quanti sforzi poi la disciplina accademica abbia fatto per immunizzarsi dalla sua perturbante presenza²¹ – come forma estrema di crimine contro l’umanità.

Fra i contributi che la giurisprudenza sull’Olocausto ha fornito all’elaborazione di un maturo paradigma di giustizia penale internazionale va evidenziata l’acquisizione della consapevolezza delle insidie che si annidano nella fattispecie della macrocriminalità internazionale. A costituire la specificità del crimine politico è la sua natura sistemica, l’intreccio tra responsabilità individuale e collettiva: nella sua attuazione è sempre indirettamente implicata, tra il vertice dei decisori e la base degli esecutori, una pluralità di attori; dall’altro lato, la presenza di strutture gerarchiche spesso militarizzate rende più difficile l’attribuzione delle responsabilità. Dibattendo la questione dei crimini di guerra, Bert Röling, che era stato giudice al Tribunale

militare internazionale di Tokyo, distingueva la criminalità individuale, consistente nei crimini commessi dai combattenti di propria iniziativa (omicidi, stupri, saccheggi), dalla criminalità di sistema, comprendente i crimini commessi su ampia scala per ordine o con la tolleranza delle autorità politiche o militari.²² Senza l'organizzazione (para)statale dall'alto i "volenterosi carnefici" di Goldhagen, anche quelli con disposizione al sadismo, non avrebbero commesso quelle azioni: solo lo stato d'eccezione sociale e politico li ha trasformati in criminali. È necessario pertanto concentrarsi sul livello dei capi, degli ideatori e dell'organizzazione: i crimini contro l'umanità che vengono commessi in un regime totalitario non sarebbero possibili senza un piano che li coordini. Dei collaboratori spontanei si può fare a meno, l'organizzazione li produce con la coazione, mentre dell'organizzazione non si può fare a meno: senza di essa, che orienta i membri del gruppo verso un fine specifico generando una comune attitudine alla devianza, il grande crimine (para)statale non sarebbe possibile.²³

In tutti i processi la giurisdizione avente per oggetto i crimini internazionali ha dovuto combattere due opposte ma correlate battaglie, contro la neutralizzazione della responsabilità di comando, volta a scagionare i vertici,²⁴ e contro la dottrina dell'obbedienza agli ordini ricevuti, volta invece a scagionare la base della piramide del terrore.²⁵ L'Imt aveva quanto meno indicato la direzione di marcia, ricorrendo al costrutto del complotto per dilatare la responsabilità di comando e accettando l'argomento della gerarchia come elemento a discarico in modo estremamente restrittivo (se ne tenne conto solo ai fini dell'attenuazione della pena). È significativo che nella prima sentenza di un tribunale internazionale dopo il processo di Norimberga, con la quale il Tribunale internazionale *ad hoc* per l'ex Jugoslavia condannava (29 novembre 1996) il soldato Drazen Erdemovic a dieci anni di carcere per aver partecipato alle esecuzioni di massa di circa 1200 musulmani nell'enclave di Srebrenica, la Corte si appellava alla giurisprudenza di Norimberga per sostenere che nessun ordine superiore poteva giustificare il crimine contro l'umanità.²⁶

A porre la questione della competenza universale dei tribunali in materia di crimini contro l'umanità (principio della giurisdizione universale, in virtù del quale a ogni stato è attribuita la facoltà di esercitare la giurisdizione su individui che abbiano commesso crimini

internazionali) era infine ancora il lascito di Norimberga – si dovrebbe dire: l'altra faccia dell'ancipite lascito di Norimberga.²⁷ Ed è un procedimento giudiziario a cui si arriva a prezzo di una violazione del diritto internazionale a segnare, con il suo esorbitante valore simbolico, un nuovo inizio. È infatti con il processo ad Adolf Eichmann che il principio di giurisdizione universale in materia di crimini internazionali trova la sua prima clamorosa affermazione. Nella sua sentenza del 29 maggio 1962, dopo aver ancorato la sua giurisdizione al diritto di Norimberga, e sostenuto che la dottrina dell'immunità degli atti di stato non valeva per atti proibiti dal diritto internazionale, in particolare in quanto crimini internazionali, la Corte suprema di Israele affermava: "Non soltanto tutti i crimini attribuiti all'imputato hanno carattere internazionale, ma i loro effetti feroci e sanguinari sono stati così diffusi ed estesi da scuotere profondamente, nelle sue fondamenta, la comunità internazionale nel suo insieme. Lo stato di Israele ha dunque il diritto, secondo il principio di giurisdizione universale, agendo come guardiano delle norme internazionali e come organo della loro attuazione coercitiva, di giudicare l'imputato".²⁸

Non va dunque sottovalutato il ruolo svolto dai processi nazionali nel creare le condizioni per l'affermazione del principio di giurisdizione universale. L'espansione del potere e delle funzioni giudiziarie che ha caratterizzato l'evoluzione delle democrazie costituzionali e del diritto internazionale negli ultimi decenni ha portato a un allargamento della competenza dei tribunali interni e all'affermazione del principio di competenza universale come corollario dell'universalità dei diritti dell'uomo. Se tradizionalmente gli stati esercitavano la propria potestà punitiva nei confronti di presunti autori di crimini internazionali alla luce dei principi di *territorialità* (per crimini perpetrati sul proprio territorio), *nazionalità attiva* (per crimini commessi da propri cittadini) e *nazionalità passiva* (per crimini perpetrati su propri cittadini), in anni recenti è diventato più frequente, anche se non incontestato, il "ricorso al principio di universalità, con il quale uno stato afferma la propria giurisdizione penale a prescindere dal luogo di commissione del crimine, e dalla nazionalità del presunto reo o della vittima".²⁹

NOTE

¹ All'articolo 2 vi leggiamo la seguente definizione: "Genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such: a) Killing members of the group; b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group; c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; d) Imposing measures intended to prevent births within the group; e) Forcibly transferring children of the group to another group". Cfr. W.A. Schabas, *Genocide in International Law. The Crimes of Crimes*, Cambridge University Press, Cambridge 2000.

² Cfr. M.C. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Nijhoff, Dordrecht 1992; E. Greppi, *Crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale. Lineamenti generali*, Utet, Torino 2001; G. Werle, *Völkerstraf recht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2003.

³ A. Weinke, *Die Nürnberger Prozesse*, cit., pp. 47-53.

⁴ G.R. Ueberschär (a cura di), *Der Nationalsozialismus vor Gericht. Die alliierten Prozesse gegen Kriegsverbrecher und Soldaten 1943-1952*, Fischer, Frankfurt a.M. 1999. Nelle tre zone d'occupazione occidentali della Germania gli inquisiti furono 13.607 e i condannati 4419, nella Bundesrepublik tra il 1950 e il 1959 rispettivamente 17.956 e 1550. Il maggior numero di inquisiti (136.829, di cui 13.607 condannati) si ebbe a opera dei *Volksgerichte* (1945-1955) in Austria; il maggior numero di condanne (e condanne a pene capitali) a opera di tribunali sovietici nell'Urss (almeno 26.000) e nella zona d'occupazione sovietica (5452), a cui vanno aggiunte le condanne comminate da tribunali tedeschi nel periodo d'occupazione sovietica (8059) e nella Ddr tra il 1950 e il 1959 (4717). Gli americani processarono 185 persone e ne condannarono 142 nei *Nürnberger Nachfolgeprozesse*, e inoltre nella loro zona d'occupazione rispettivamente 1672 e 1416. Oltre 3000 i condannati dai francesi, oltre 1000 dai britannici (N. Frei, *Nach der Tat*, cit., pp. 30-32).

⁵ Cfr. H. Lessing, *Der erste Dachauer Prozess (1945-46)*, Nomos,

Baden-Baden 1993, p. 39.

⁶ Va ricordato che i primi processi per crimini di guerra ebbero luogo a Krasnodar (Urss) nell'estate 1943 (condanna di 8 degli 11 imputati per alto tradimento); nel dicembre, a Charkow, insieme a un collaboratore furono condannati 3 ufficiali della Wehrmacht accusati dell'omicidio di migliaia di cittadini sovietici (nei cosiddetti *Gaswagen*): N. Frei, *Die Ahndung deutscher Kriegs- und NS-Verbrechen in Europa – eine Bilanz*, in Id. (a cura di), *Transnationale Vergangenheitspolitik*, cit., pp. 9-10. Cfr. M. Messerschmidt, *Der Minsker Prozess 1946. Gedanken zu einem sowjetischen Kriegsverbrechertribunal*, in H. Heer, K. Naumann (a cura di), *Vernichtungskrieg. Verbrechen der Wehrmacht 1941-1944*, Hamburger Edition, Hamburg 1995, pp. 551-568. Sulla resa dei conti giudiziaria nei vari paesi europei A. Weinke, "Allierter Angriff auf die nationale Souveränität"? *Die Strafverfolgung von Krieg und NS-Verbrechen in der Bundesrepublik, der Ddr und Österreich*, D. Broxham, *Pragmatismus als Programm. Die Ahndung deutscher Kriegsverbrechen durch Grossbritannien*, A. Hilger, "Die Gerechtigkeit nehme ihren Lauf"? *Die Bestrafung deutscher Krieg- und Gewaltverbrecher in der Sowjetunion und der Sbz/Ddr*, C. Moisel, *Résistance und Repressalien. Die Kriegsverbrecherprozesse in der französischen Zone und in Frankreich*, W. Borodziej, "Hitleristische Verbrechen". *Die Ahndung deutscher Kriegs- und Besatzungsverbrechen in Polen*, H. Fleischer, "Endlösung" der Kriegsverbrecherfrage. *Die verhinderte Ahndung deutscher Kriegsverbrechen in Griechenland*, tutti compresi in N. Frei (a cura di), *Transnationale Vergangenheitspolitik*, cit., rispettivamente pp. 37-93, 140-179, 180-246, 247-282, 399-437, 474-535. Inoltre H. Fühner, *Nachspiel. Die niederländische Politik und die Verfolgung von Kollaborateuren und NS-Verbrechen, 1945-1989*, Waxmann, Münster 2005.

⁷ A. Weinke, *Die Verfolgung von NS-Tätern im geteilten Deutschland. Vergangenheitsbewältigungen 1949-1969 oder: Eine deutsch-deutsche Beziehungsgeschichte im kalten Krieg*, Schöningh, Paderborn 2002, p. 335.

⁸ U. Brochhagen, *Nach Nürnberg*, cit., p. 19.

⁹ Cfr. J. Friedrich, *Freispruch für die Nazi-Justiz. Die Urteile*

gegen NS-Richter seit 1948. Eine Dokumentation, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg 1983; B. Diestelkamp, *Die Justiz nach 1945 und ihr Umgang mit der eigenen Vergangenheit*, in B. Diestelkamp, M. Stolleis (a cura di), *Juristen an der Universität Frankfurt am Main*, Nomos, Baden-Baden 1989, pp. 131-149; M. Miquel, *Ahnden oder amnestieren?*, cit., p. 371.

¹⁰ Esemplare è il caso dell'Austria, dove, dopo l'intensa attività dei *Volksgerichte*, subentrò l'incredibile mitezza delle Corti d'assise e una politica generalizzata di assoluzioni: W.R. Garscha, *Reprimere il crimine, frenare i processi. L'esperienza delle corti del popolo in Austria*, e E. Holpfer, *I processi ai criminali di guerra in Austria. L'esperienza delle corti d'assise*, in L. Baldissara, P. Pezzino (a cura di), *Giudicare e punire. I processi per crimini di guerra tra diritto e politica*, L'ancora del Mediterraneo, Napoli 2005, pp. 215-226 e 227-243; H. Halbrainer, C. Kuretsidis-Haider (a cura di), *Kriegsverbrechen, NS-Gewaltverbrechen und die europäische Strafjustiz von Nürnberg bis den Haag*, Clio, Graz 2007, pp. 219-220. Un caso studiato recentemente è quello dell'impunità dei gerarchi e dei funzionari nazisti in Polonia: M. Roth, *Herrenmenschen*, cit., pp. 282-283.

¹¹ Cfr. M. Miquel, *Ahnden oder amnestieren?*, cit., p. 11; A.J. Kochavi, *Prelude to Nuremberg*, UNC Press, Chapel Hill 1998, pp. 242-247.

¹² N. Frei, *Nach der Tat*, cit., pp. 30-32. Vero è peraltro, come fa osservare A. Mohler, *Der Nasenring*, cit., p. 191, che a ostacolare l'elaborazione giudiziaria si frapponessero enormi difficoltà oggettive: erano 600.000 gli appartenenti alle SS che avevano fatto ritorno dopo la guerra e che avrebbero dovuto essere processati. Cfr. M. Kittel, *Die Legende von der "zweiten Schuld". Vergangenheitsbewältigung in der Ära Adenauer*, Ullstein, Berlin 1993 e Ch. Hoffmann, *Stunden Null? Vergangenheitsbewältigung in Deutschland 1945 und 1989*, Bouvier, Bonn 1992.

¹³ Così in un libello di Albert Norden, cit. in M. Miquel, *Ahnden oder amnestieren?*, cit., p. 29.

¹⁴ N. Frei, D. van Laak, M. Stolleis (a cura di), *Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit*, Beck, München 2000, p. 19. Cfr. A. Weinke, *Eine Gesellschaft ermittelt gegen sich selbst. Die Geschichte der Zentralen Stelle Ludwigsburg*

1958-2008, WBG, Darmstadt 2009.

¹⁵ W. Benz, *Bürger als Mörder und die Unfähigkeit zur Einsicht. Der Auschwitz Prozess*, in U. Schultz, *Grosse Prozesse*, cit., pp. 382-391; J. Perels, *Das juristische Erbe des "Dritten Reiches"*, Campus, Frankfurt a.M. 1999.

¹⁶ Non può sorprendere pertanto che su questo tema sia cresciuta negli anni un'ampia letteratura, che la riunificazione, riproponendo la questione della resa dei conti con i crimini politici di una dittatura, ha contribuito a rinfocolare: A. Rückerl, *NS-Verbrechen vor Gericht*, Müller, Heidelberg 1984; K. Freudiger, *Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen*, Mohr Siebeck, Tübingen 2002; A. Weinke, *Die Verfolgung von NS-Tätern im geteilten Deutschland*, cit. Di questi dibattiti dà conto in Italia l'articolo di M. Ponso, *Una triplice Vergangenheitsbewältigung. La politica del passato in Germania*, "Teoria politica", 25 (2009), pp. 27-53.

¹⁷ Non è un caso che soltanto in anni recenti la letteratura storiografica nazionale, debitamente pungolata da contributi tedeschi, abbia iniziato a scandagliare il problema del perché il capitolo dei crimini di guerra del nostro paese non sia mai stato seriamente affrontato e abbia ricostruito la vicenda della mancata Norimberga italiana nelle sue motivazioni interne e internazionali. Cfr. P. Pezzino, *Sui mancati processi in Italia ai criminali di guerra tedesca*, "Storia e memoria", 10 (2001), pp. 9-72; F. Focardi, *La questione della punizione dei criminali di guerra in Italia dopo la fine del secondo conflitto mondiale*, "Quellen und Forschungen aus italienischen Archiven und Bibliotheken", 80 (2000), pp. 544-624; M. Battini, *Peccati di memoria. La mancata Norimberga italiana*, Laterza, Roma-Bari 2003; F. Focardi, *I mancati processi ai criminali di guerra italiani*, in L. Baldissara, P. Pezzino (a cura di), *Giudicare e punire*, cit., pp. 185-214; P.P. Rivello, *Lacune e incertezze negli ordinamenti processuali sui crimini nazifascisti*, ivi, pp. 257-266; L. Klinkhammer, *La punizione dei crimini di guerra tedeschi in Italia dopo il 1945*, in G.E. Rusconi, H. Woller (a cura di), *Italia e Germania 1945-2000. La costruzione dell'Europa*, il Mulino, Bologna 2005, pp. 75-90; F. Focardi, *Das Kalkül des "Bumerangs". Politik und Rechtsfragen im Umgang mit deutschen Kriegsverbrechen in Italien*, in N. Frei (a cura di), *Transnationale Vergangenheitspolitik*, cit., pp. 536-566.

¹⁸ J. Staron, *Fosse Ardeatine und Marzabotto*, cit., p. 366; L. Baldissara, P. Pezzino, *Il massacro*, cit., pp. 363-512. Cfr. G. Neppi Modona (a cura di), *Giustizia penale e guerra di liberazione*, Angeli, Milano 1984.

¹⁹ Cfr. K. Urselmann, *Die Bedeutung des Barbie-Prozesses für die französische Vergangenheitsbewältigung*, Lang, Frankfurt a.M. 2000; C. Moisel, *Frankreich und die deutschen Kriegsverbrecher. Politik und Praxis der Strafverfolgung nach dem zweiten Weltkrieg*, Wallstein, Göttingen 2004; Id., *Résistance und Repressalien. Die Kriegsverbrecherprozesse in der französischen Zone und in Frankreich*, in N. Frei (a cura di), *Transnationale Vergangenheitspolitik*, cit., pp. 247-282; D. Guzzi, *L'affaire Papon. Crimini contro l'umanità nella Francia di Vichy*, "Teoria politica", 24 (2009), n. 1, pp. 77-108.

²⁰ J. Elster, *Chiudere i conti*, cit., p. 295.

²¹ H. Jäger, *Hört das Kriminalitätskonzept vor der Makrokriminalität auf?*, cit., pp. 45-46.

²² B. Röling, *The Significance of the Law of War*, in A. Cassese (a cura di), *Current Problems of International Law*, Giuffrè, Milano 1975, pp. 137-139.

²³ H. Vest, *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, cit., pp. 26-31.

²⁴ R. Herde, *Command Responsibility. Die Verfolgung der "Zweiten Garde" deutscher und japanischer Generäle im alliierten Prozessprogramm nach dem Zweiten Weltkrieg*, Nomos, Baden-Baden 2001. Sull'impossibilità di ridurre a un paradigma unitario l'eredità giurisprudenziale della Seconda guerra mondiale D. Cohen, *L'eredità di Norimberga*, in L. Baldissara, P. Pezzino (a cura di), *Giudicare e punire*, cit., p. 256.

²⁵ M.J. Osiel, *Obeying Orders. Atrocity, Military Discipline and the Law of War*, Transaction, New Brunswick 1999; Id., *Mass Atrocity, Ordinary Evil, and Hannah Arendt. Criminal Consciousness in Argentina's Dirty War*, Yale University Press, New Haven 2001.

²⁶ H. Ostendorf, *Die Bedeutung der Nürnberger Prozesse für die Strafverfolgung von Kriegsverbrechen durch die UN*, in G.R. Ueberschär (a cura di), *Der Nationalsozialismus vor Gericht*, cit., p. 262. Sulla problematicità della lezione di Norimberga per i Tribunali

penali internazionali di fine secolo D. Cohen, *L'eredità di Norimberga*, in L. Baldissara, P. Pezzino (a cura di), *Giudicare e punire*, cit., pp. 247-256.

²⁷ Conseguentemente esplode anche la letteratura sul tema: M.C. Bassiouni, *From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Needs to Establish a Permanent International Criminal Court*, "Harvard Human Rights Law Journal", 11 (1997), pp. 11-62; M.L. Volcansek (a cura di), *Law above Nations. Supranational Courts and the Legalization of Politics*, cit.; K.D. Askin, *War Crimes Against Women*, cit.; H. Ball, *Prosecuting War Crimes and Genocide. The Twentieth-Century Experience*, University Press of Kansas, Lawrence 1999; Y. Beigbeder, *Judging War Criminals*, cit.; Id., *Judging Criminal Leaders: The Slow Erosion of Impunity*, Nijhoff, Den Haag 2002; P. Hazan, *La Justice face à la guerre: de Nuremberg à La Haye*, Stock, Paris 2000; H. Brohm, *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford University Press, New York 2003; H. Köchler, *Global Justice or Global Revenge? International Criminal Justice at the Crossroads*, Springer, Wien-New York 2003; C.L. Sriram, *Globalizing Justice for Mass Atrocities. A Revolution in Accountability*, Routledge, London 2005; S. Kirsch (a cura di), *Internationale Strafgerichtshöfe*, Nomos, Baden-Baden 2005; D. Zolo, *La giustizia dei vincitori*, cit.; B.N. Schiff, *Building the International Criminal Court*, cit.; V. Peskin, *International Justice in Rwanda and the Balkans. Virtual Trials and the Struggle for State Cooperation*, Cambridge University Press, Cambridge 2008; E.L. Lutz, C. Reiger (a cura di), *Prosecuting Heads of State*, cit.; E. Orrù, *Il tribunale del mondo*, cit.

²⁸ Cit. in A. Cassese, *Diritto internazionale*, cit., II, p. 107. Sul processo ad Eichmann cfr. H. Yablonka, *The State of Israel vs. Adolf Eichmann*, Schocken Books, New York 2004 e L. Douglas, *The Memory of Judgment. Making Law and History in the Trials of the Holocaust*, Yale University Press, New Haven 2001, pp. 95-97.

²⁹ A. Cassese, *Diritto internazionale*, cit., II, p. 164. Si vedano inoltre almeno A. Peyró Llopis, *La compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité*, Bruylant, Bruxelles 2003; C. Bassiouni, *The History of Universal Jurisdiction and Its Place in International Law*, in S. Macedo (a cura di), *Universal Jurisdiction. National Courts*

and the Prosecution of Serious Crimes under International Law, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 2004, pp. 39-63. In questo volume sono pubblicati i risultati del Princeton Project sulla giurisdizione universale. Va rilevato peraltro che paesi che avevano saldamente ancorato nel loro ordinamento il principio della competenza universale, come il Belgio e la Spagna, hanno legiferato negli ultimi anni in senso restrittivo.

5. La giustizia penale internazionale

A imporre l'istituzione di tribunali penali internazionali come un passaggio ineludibile del processo di globalizzazione è stata l'emergenza, a partire dagli anni novanta, di una vera e propria pandemia di crimini contro l'umanità, politiche genocidarie e ricorrenti violazioni del diritto internazionale nel corso di conflitti armati di varia natura (spesso guerre civili) e la sempre più diffusa consapevolezza che anche nella fase storica precedente, dominata dalle politiche di stabilizzazione del sistema internazionale a opera dell'equilibrio bipolare, non erano mancati i genocidi (il più assurdamamente tragico fu quello cambogiano) e le violazioni su larga scala dei diritti umani.¹ L'istituzione di un sistema penale globale al fine di contenimento e prevenzione della macrocriminalità politica avrebbe potuto contribuire, così si argomentava, a evitare il ricorso allo strumento della coercizione armata. In questo modo si è pervenuti, nell'arco di un solo decennio, a moltiplicare gli esperimenti di giurisdizione penale internazionale.

A conferire particolare visibilità a questa inedita stagione di dinamismo penale internazionale ma anche a esporla al rischio della compromissione politica è poi intervenuto il fatto che a essere incappati nelle maglie della giustizia sono stati non soltanto più o meno oscuri burocrati del crimine politico, militari sicuri dell'impunità o signori della guerra di aree marginali dell'arena internazionale, ma capi di stato che avevano a lungo tenuto la scena della politica e goduto del riconoscimento internazionale, quali Slobodan Milošević e Saddam Hussein. Anche se nel caso di quest'ultimo l'opzione di una corte penale istituzionale è stata scartata (per prudenza politica, ma con effetti d'immagine disastrosi e probabilmente con altre conseguenze negative che si manifesteranno in futuro) preferendovi la soluzione del processo davanti a una corte irachena, entrambi questi eventi giudiziari hanno contribuito a riaprire e a intensificare un dibattito sulla legittimità, sulla legalità e sull'efficacia di una giustizia penale internazionale, di qualcosa cioè che era rimasto pressoché ignoto nella

storia del diritto dei popoli.

La svolta è segnata il 25 maggio 1993, mentre il conflitto in Bosnia (1991-1995) era in pieno svolgimento, dall'istituzione del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia (Icty), sulla base della risoluzione 827 del Consiglio di sicurezza, che ha legittimato la sua decisione con l'argomento che, a fronte dei tanti moniti andati a vuoto, solo la minaccia realistica di un'azione penale poteva servire la causa della pace.² Con l'istituzione del Tribunale, che aveva competenza sulle gravi violazioni del diritto umanitario commesse sul territorio dell'ex Jugoslavia a partire dal 1991, il Consiglio di sicurezza, avvalendosi degli articoli 7 e 29 della Carta, ha fatto uso, per quanto la cosa fosse controversa, di un proprio diritto d'organizzazione sovranazionale come misura per garantire la pace. Il Tribunale avrebbe tenuto la sua prima udienza tre anni più tardi, il 7 maggio 1996: sarebbe stata la prima udienza di un tribunale internazionale dopo Norimberga, celebrata peraltro senza le stesse attese e in un'atmosfera del tutto differente.³

Con la risoluzione 955, e procedura analoga al caso precedente, si è poi istituito (8 novembre 1994) il Tribunale penale internazionale per il Ruanda (Ictr), con competenza sui crimini internazionali commessi in quel paese nel corso del 1994, quando nel giro di poche settimane un'esplosione di follia genocidaria fece 800.000 morti (per lo più appartenenti alla minoranza etnica tutsi, ma anche hutu moderati). Per mettere la Corte in condizione di avviare rapidamente i lavori senza essere direttamente esposta agli inevitabili strascichi della guerra civile, all'Ictr è stata assegnata come sede Arusha, la capitale della confinante Tanzania.⁴ La marginalità di questo tribunale, lontano dagli interessi dei custodi del diritto occidentale (come lontano era stato l'evento del genocidio), non è sfuggita agli osservatori, e non a torto è stato riscontrato un parallelismo nei rapporti tra Norimberga e Tokyo da un lato e L'Aja e Arusha dall'altro.⁵

Nell'istituire questi tribunali come organi sussidiari del Consiglio di sicurezza, preoccupazione primaria della comunità internazionale era evitare di venirsi a trovare, a conclusione dei conflitti, in una situazione che potesse degenerare in epurazioni selvagge o costringesse a misure che finissero per evocare il paragone con la "giustizia dei vincitori" della Seconda guerra mondiale. A questo stadio di evoluzione del

sistema giuridico internazionale, alcuni presupposti ancora assenti all'indomani di quel conflitto erano peraltro dati: una consensuale definizione dei crimini internazionali era entrata a far parte del diritto comune delle nazioni (sia pure con l'esclusione del crimine di aggressione e con le difficoltà di cui si dirà a proposito dell'Icc), mentre il diritto penale internazionale aveva in parte superato l'originario squilibrio dovuto all'assenza di un corpus di norme secondarie che disciplinasse la punibilità della violazione delle norme primarie.⁶ La specifica modalità d'istituzione di questi tribunali aveva come conseguenza non solo la limitazione della loro competenza (che ne ha condizionato la capacità e la volontà di svolgere indagini anche su eventuali crimini di guerra della Nato in Jugoslavia e dei contingenti delle Nazioni unite in Ruanda) ma anche, pena l'inoperatività, il riconoscimento di ampi margini di autonomia e creatività ai giudici. Anche nelle istituzioni sovranazionali il *vacuum* di potere legislativo non può che essere colmato o dal potere esecutivo o dal potere giudiziario.

Il bilancio di queste esperienze consente di parlare di un cammino evolutivo che si compie con passi lenti, spesso incerti, talora contraddittori. Con la sentenza sul caso Tadić, nel 1995, la Camera d'appello del Tribunale per l'ex Jugoslavia ha stabilito che anche violazioni particolarmente gravi del diritto umanitario commesse nel corso di un conflitto armato non internazionale dovevano essere qualificate come crimini di guerra. Parallelamente, in alcuni casi piuttosto controversi (il caso Kunarać, il caso Kvočka, il caso Čelebići), è sembrato però muoversi in direzione di una restrizione della responsabilità del comando militare, argomentando che sarebbe stato ingiusto considerare responsabile un comandante qualora questo non fosse stato in condizione di esercitare un effettivo controllo sui suoi subordinati.⁷ Né lo Statuto dell'Icty né quello dell'Ictr facevano originariamente menzione delle vittime, nella prassi tuttavia i tribunali si sono allontanati dal classico paradigma retributivista per accogliere istanze della *restorative justice*, mettendo in atto programmi di protezione delle vittime e dei testimoni.⁸ Inoltre, (quasi) ogni riferimento all'idea di responsabilità collettiva veniva a cadere per questi tribunali (come sarà anche per l'Icc), evitando le difficoltà che la giurisprudenza di Norimberga aveva incontrato nel definire i reati di

“complotto” e di “associazione criminale”.⁹

Come esperimento istituzionale, non vi è dubbio che l'Ictr è stato meno innovativo, in quanto, per ragioni di tempo e di costi organizzativi, si è recepita buona parte del lavoro preparatorio già compiuto all'Aja; ed è stato anche meno efficiente, per dissidi fra gli uffici interni che ne hanno ritardato l'attività e per episodi di corruzione.¹⁰ Nondimeno la sua nascita è di particolare importanza perché per la prima volta un tribunale penale internazionale è stato istituito per occuparsi di crimini commessi nel corso di un conflitto infrastatale.¹¹ Se con la sentenza dell'Icty del 1995 ha trovato riconoscimento il principio che le norme sui crimini di guerra possono essere applicate anche in riferimento ai conflitti interni, con l'istituzione dell'Ictr si è dato vita a un organo con esclusiva giurisdizione su crimini commessi nel corso di una guerra civile priva di rilevanti implicazioni internazionali.¹² Significativo è poi che, in alcuni casi, questa Corte abbia esteso l'applicazione della dottrina della responsabilità di comando dalle autorità militari a quelle civili, condannando per esempio un sindaco per crimini commessi da individui che intrattenevano con lui una relazione del tipo superiore-subordinato.¹³

Anche nei confronti di questi tribunali è stato mosso l'addebito della giustizia dei vincitori o, come forse più elegantemente è stato detto, di “soffrire della sindrome di Norimberga”.¹⁴ Per quanto molte delle critiche fatte valere contro l'Imt manchino nel loro caso di pertinenza, non si possono trascurare sia l'accusa di discrezionalità nello svolgimento delle indagini sia le riserve sulla legalità delle procedure. Il fatto che il Tribunale per l'ex Jugoslavia si sia astenuto dallo svolgere indagini su crimini di guerra della Nato e il Tribunale per il Ruanda abbia processato solo esponenti dell'etnia hutu, evitando di avviare indagini sui pur largamente documentati crimini commessi dal Fronte patriottico ruandese – la milizia armata dell'etnia tutsi andata al potere dopo la guerra civile – costituisce una prova della difficoltà anche per i tribunali internazionali di sottrarsi alle pressioni e ai ricatti della parte risultata vincente.¹⁵

Sotto il profilo delle procedure, come si è detto, è stato argomentato che il Consiglio di sicurezza, istituendo tali tribunali, sia andato oltre il diritto penale internazionale vigente, senza disporre per questo di un'autorizzazione della Carta o dei membri delle Nazioni

unite. È stato altresì sostenuto che, se le norme sul genocidio configurano ormai un terreno acquisito, l'assenza di una convenzione internazionale di natura generale sui crimini contro l'umanità rende più problematica la giurisprudenza in materia, fornendo argomenti a coloro che sostengono che anche questi tribunali continuano a violare il divieto di retroattività.¹⁶ La dimensione del genocidio ruandese ha impartito poi anche sotto il profilo dell'efficacia una lezione negativa sulla capacità di un organo giudiziario internazionale di perseguire tutti i crimini che abbiano luogo in società dilaniate dall'odio etnico e dalla guerra civile. Nel corso della sua attività l'Icty ha formulato accuse contro 161 imputati, l'Ictr soltanto contro 82.¹⁷ L'orientamento a perseguire unicamente i cosiddetti *core crimes*, facendo ricorso per il resto ad altre procedure di conciliazione e a misure politiche di compensazione delle vittime e di reintegrazione sociale, ha evidenziato i limiti dello strumento giudiziario nella resa dei conti con un passato di macrocriminalità sistemica.

Vi è infine il problema dei costi, che non erano stati previsti nella loro effettiva entità. Dal momento della sua istituzione a tutto il 2009 i costi dell'Icty ammontano a oltre 1,5 miliardi di dollari (per gli anni 2008 e 2009 il budget a disposizione ha superato i 310 milioni di dollari, assorbendo pertanto il 7,5 per cento dell'intero bilancio dell'Onu, ma era arrivato nel 2004 a consumare quasi il 15 per cento di quel bilancio). Su questo si sono naturalmente appuntate molte critiche: considerato il ristretto ambito spaziale e temporale della giurisdizione di questi tribunali e il prevedibile proliferare delle domande di analoghe istituzioni in riferimento a situazioni di gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani, una simile erogazione di risorse è apparsa insostenibile – tanto più se si metteva a confronto che cosa hanno realizzato in quindici anni questi tribunali con l'operato dell'Imt, che aveva concluso i suoi lavori in quindici mesi.¹⁸

La tappa ulteriore nel processo di codificazione del diritto penale internazionale è segnata dall'approvazione dello Statuto dell'Icc, la Corte penale internazionale (Roma, 10 dicembre 1998), che rappresenta il coronamento di uno sviluppo cui si è pervenuti sulla base degli ormai decennali lavori della Commissione di diritto internazionale insediata dalla Carta dell'Onu, dalla sua entrata in vigore (1° luglio 2002) con la costituzione del tribunale (originariamente con un *transition team* di 5

membri, salito nel frattempo a oltre 700) e dall'avvio delle indagini (2004). Per quanto queste ultime abbiano proceduto con lentezza e al primo processo si sia arrivati solo nel 2009, le innovazioni sono rimarchevoli e almeno su un aspetto il passo avanti va considerato decisivo: mentre l'Icty e l'Ictr restavano tribunali istituiti *extra ordinem* ed *ex post facto*, e quindi in sostanza giurisdizioni commissarie su uno stato d'eccezione spazialmente e temporalmente delimitato, ora si tratta di una corte permanente con uno statuto legittimato da un accordo internazionale, la cui competenza non si limita a una ristretta area geografica ma investe il territorio di tutti gli stati che a esso abbiano aderito.¹⁹

Numerose sono le differenze tra l'Icc e i suoi precedenti più diretti. I giudici e il procuratore sono eletti non più dall'Assemblea generale delle Nazioni unite su una lista proposta dal Consiglio di sicurezza, ma dall'assemblea degli stati che hanno sottoscritto il trattato istitutivo della Corte. Oltre alla procedura istitutiva e all'ambito di validità spazio-temporale (la Corte ha giurisdizione sui crimini internazionali commessi *dopo* l'entrata in vigore dello Statuto nei territori o da cittadini degli stati che lo hanno sottoscritto), l'innovazione maggiore è costituita dall'adozione del principio di complementarità, conformemente al quale essa non può avviare un procedimento qualora sul caso siano in corso, nel rispetto delle norme internazionalmente riconosciute, indagini o processi a livello nazionale: il che ovviamente opera da garanzia del rispetto della sovranità degli stati.²⁰

Fino a che punto l'affermazione del principio di complementarità costituisca un avanzamento rispetto alla soluzione della supremazia giurisdizionale dei tribunali *ad hoc* degli anni novanta resta da vedere. Sicuramente, l'adozione di una supremazia dell'Icc rispetto ai giudici nazionali, nel caso beninteso di un organo che avesse competenza universale sui crimini internazionali (e non soltanto sui massimi responsabili di essi), avrebbe comportato il rischio permanente di un'inflazione di procedimenti e di paralisi operativa. Perché la Corte possa svolgere efficacemente il suo ruolo di organo di controllo sulla primaria giurisdizione degli stati è necessario tuttavia un livello di cooperazione internazionale e un grado di omogeneità nelle culture e pratiche del diritto penale che sono lontani dalla realizzazione. Non è

azzardato prevedere pertanto che, alle condizioni date del sistema internazionale, essa eserciterà le sue funzioni in maniera selettiva, incorrendo nelle accuse di parzialità e discrezionalità e quindi nell'opposto rischio di una sua delegittimazione.²¹

In termini generali, il diritto penale internazionale può trovare attuazione secondo due modalità, che Bassiouni definisce *direct/indirect enforcement model*: il primo modello opera attraverso l'instaurazione di organi giudiziari internazionali, il secondo attraverso l'applicazione di diritto penale internazionale materiale da parte di tribunali nazionali. Un sistema di esecuzione diretta presupporrebbe un livello di centralizzazione del sistema internazionale paragonabile a uno stato federale mondiale. Poiché invece il regime giuridico internazionale non è "un sistema giuridico sovranazionale, tranne per quanto gli stati convengano di attribuire a certe istituzioni costituite a livello internazionale quella caratteristica",²² i soggetti internazionali devono ricorrere all'approccio di "esecuzione indiretta", che si estende alle sei modalità di cooperazione internazionale: estradizione, mutua assistenza giudiziaria, trasferimento dei detenuti, sequestro e confisca di proventi illeciti, riconoscimento di sentenze penali straniere, trasferimento dei procedimenti penali. Il modello dell'esecuzione indiretta trova la sua originaria fondazione nel principio, già riconosciuto da Grozio, dell'*aut dedere aut iudicare*: sugli stati grava il dovere di dare esecuzione, secondo il diritto interno, agli obblighi che derivano dal diritto penale internazionale.²³

Ad avvicinarsi al modello dell'esecuzione diretta è stata la giustizia di Norimberga e Tokyo: in questi casi le potenze occupanti controllavano il territorio e detenevano nelle loro mani gli indagati e il materiale probatorio. Ma se si prescinde da questo esordio eccezionale, è evidente che lo sviluppo del diritto penale internazionale è affidato a soluzioni intermedie e compromessi pragmatici: i tribunali penali internazionali rappresentano solo in parte un sistema di esecuzione diretta, perché dipendono dalla volontaria cooperazione degli stati. Anche l'Icc deve fare assegnamento sulla cooperazione degli stati per lo svolgimento delle indagini, per la raccolta e la produzione delle prove, per l'arresto e la consegna degli imputati, per l'assistenza giudiziaria e per l'esecuzione delle sentenze. Data la perdurante natura pluralistica del sistema internazionale, sostiene ancora Bassiouni, il

“sistema ideale di esecuzione per il diritto penale internazionale è rappresentato da una combinazione tra un sistema di esecuzione diretta, sotto forma di un tribunale internazionale permanente, piuttosto che di organi istituiti *ad hoc*, e di un efficiente sistema di esecuzione indiretta”.²⁴ Problematico appare pertanto, per quanto equilibrate possano apparire le soluzioni organizzative adottate per la Corte, proprio il requisito dell’efficienza. È inoltre evidente che questa soluzione della competenza complementare, avendo la Corte giurisdizione in ordine a persone fisiche solo se lo stato di nazionalità della persona sottoposta a procedimento o lo stato ove sono stati commessi i crimini siano parti dello Statuto, non può funzionare *de jure* quando lo stato teatro dei crimini non abbia sottoscritto lo Statuto e *de facto* in situazioni di guerra civile. Ci si è pertanto domandati se questo sistema non costituisca un’utopia penale, l’ultima “utopia del dopo-Guerra fredda”.²⁵

Quella dell’efficacia della soluzione adottata con l’Icc è sicuramente la più grande incognita che grava sul futuro della giurisdizione penale internazionale. Ma non si è spento nemmeno il dibattito sulla sua legalità e legittimità, sulla correttezza procedurale e sulla giustizia sostanziale.²⁶ Per immunizzarsi dalla ricorrente critica di violazione del principio di non retroattività, l’Icc ha giurisdizione solo su crimini commessi dopo l’entrata in vigore del suo Statuto (2002): vi è dunque esplicitamente riconosciuto (diversamente che negli statuti dei tribunali *ad hoc*) il principio di legalità penale. Rispetto a Norimberga, che escludeva la possibilità dell’assoluzione, il principio della responsabilità penale individuale è sicuramente adottato con più rigore.²⁷ A differenza dei precedenti piuttosto parchi, lo Statuto dell’Icc prevede ampie norme di parte generale e di procedura, svolgendo un ruolo di codificazione di norme consuetudinarie che non ha precedenti nel diritto internazionale. Ma la materia controversa e i problemi aperti gettano ombre preoccupanti sul futuro della sua giurisdizione.

Già durante i lavori della Conferenza di Roma non aveva tardato a emergere una serie di dissensi tra i membri permanenti del Consiglio di sicurezza e il gruppo degli stati “giustizialisti” (guidati dal Canada) su alcune questioni fondamentali.²⁸ Il concetto di guerra d’aggressione è tornato a essere al centro della disputa, non superata ma congelata con una soluzione di compromesso: lo Statuto riconosce la giurisdizione

della Corte sul crimine di aggressione, ma ne rimanda l'esercizio al giorno in cui si sarà pervenuti a una definizione consensuale. Come è stato autorevolmente osservato, nulla garantisce che la clausola dell'articolo 5.2 non renda il suo inserimento nello Statuto una mera questione di facciata.²⁹ Nel febbraio 2009 l'*International Criminal Court's Special Working Group on the Crime of Aggression* ha concluso i suoi lavori con un documento che, pur lasciando aperta una pluralità di opzioni, prospetta soluzioni che appaiono per diversi aspetti problematiche: il tema continua a essere pertanto più controverso che mai.³⁰ Nel dibattito sulla delimitazione della giurisdizione *ratione materiae* è poi prevalsa nel processo di negoziazione sullo Statuto di Roma la posizione di chi ha voluto escludere dalla competenza della Corte i crimini internazionali "minori", come la pirateria, il mercenarismo, il traffico di esseri umani, di armi e di droga, la riduzione in schiavitù, il terrorismo. Dopo l'11 settembre 2001 l'opportunità dell'esclusione del terrorismo è stata rimessa in discussione dagli eventi: ma al momento è piuttosto improbabile che gli stati siano indotti a intraprendere altri passi su un cammino dagli esiti incerti.

Dopo faticose trattative, problematico è risultato comunque il compromesso raggiunto sulla figura del procuratore dell'Icc, una figura di non sottovalutabile novità, in particolare per quanto concerne il suo potere di avviare indagini *ex officio*. "Il procuratore della Corte è un organo che potrà assumere un grandissimo rilievo nella comunità internazionale. Infatti, pur non essendo un organo politico in senso proprio è un organo le cui attività hanno inevitabilmente un'influenza politica."³¹ A partire dal momento in cui ricevono l'informazione che la procura è stata investita dell'incarico di investigare, gli stati hanno un mese per comunicare che hanno già investigato o stanno investigando sulle circostanze oggetto della denuncia. Tutto si può così bloccare. L'unico antidoto sta nella possibilità che il procuratore ha di richiedere alla Pretrial Chamber di autorizzare comunque le investigazioni (articolo 18, paragrafo 2): in questo modo è previsto che egli possa mantenere una forma di controllo sulle indagini esercitate dagli organi degli stati nazionali.

Inevitabilmente la questione della politicizzazione dei tribunali ha continuato a porsi anche in riferimento a questi tribunali. Naturalmente

si tratta d'intendersi sul termine, evitando di restare impigliati nell'ambivalenza del concetto di "politica". La ricerca della cooperazione esige attivazione di capacità diplomatiche e negoziali, che sono tradizionalmente qualità politiche (l'ago della bilancia in questo difficile gioco d'equilibrio tra diritto e politica è sicuramente costituito dal ruolo del *prosecutor*). In questo senso i tribunali operano in uno spazio politico ed esercitano l'arte della negoziazione – successo e insuccesso dipendono dalla volontà politica degli attori in campo –, il che di per sé non vuol dire che pieghino il diritto alla politica.³² Ma la questione è più complessa e concerne il grado di selettività dei tribunali penali internazionali, che non può essere valutata soltanto in riferimento alle regole per l'esercizio della giurisdizione definite dagli statuti ma includendo nel giudizio anche le loro pratiche operative non esplicitamente definite (il concentrarsi sui *core crimes*) e soprattutto le opzioni prudenziali apertamente in contrasto con gli statuti stessi (l'esclusione delle indagini su situazioni che potrebbero far emergere responsabilità degli stati che sostengono i tribunali).³³

Oltre a ciò, le prerogative che lo Statuto della Corte attribuisce al Consiglio di sicurezza albergano sicuramente il rischio di un uso politico della giurisdizione di questi tribunali. Il Consiglio di sicurezza, infatti, da un lato ha il potere di sottoporre alla Corte anche casi di violazioni dei diritti che siano state commesse in territori o da cittadini di stati che non hanno accettato la giurisdizione della medesima (articolo 13 dello Statuto), dall'altro (articolo 16) ha il potere di sospendere per un periodo di dodici mesi, rinnovabile (senza limiti temporali), indagini o processi in corso (e con la risoluzione 1422 il Consiglio di sicurezza ha in effetti disposto la sospensione di tutti i procedimenti a carico di *peacekeepers* che fossero cittadini di stati che non avevano ratificato il trattato istitutivo). La politicizzazione della giurisdizione penale internazionale, in altri termini, non è destinata a dipendere soltanto dalle intenzioni e dalle azioni dei suoi diretti componenti bensì anche dalle decisioni degli attori politicamente rilevanti entro il contesto.

Nel tentativo di sfuggire alla morsa delle difficoltà a cui vanno incontro i modelli fin qui delineati, lo scenario di una giustizia penale internazionale è stato in anni recenti ulteriormente complicato dall'istituzione di tribunali ibridi o misti, vale a dire tribunali nazionali

con la partecipazione di giudici ed esperti di altri paesi, chiamati in essere da un accordo tra i singoli stati e l'Onu. Se si persegue la finalità di evitare una sovrabbondanza di procedimenti a carico di una corte penale internazionale, questa via può apparire senza alternative in situazioni caratterizzate da a) paralisi del sistema giudiziario nazionale e b) assenza di un potere politico in grado di tutelare l'imparzialità dei processi, garantendo protezione a giudici, testimoni e vittime.³⁴ L'interesse di questi esperimenti va ravvisato nel tentativo di "conciliare le esigenze di un controllo internazionale sui processi per crimini internazionali con l'idea di portare l'amministrazione della giustizia il più vicino possibile alle comunità che sono state colpite da quei crimini".³⁵ Questi tribunali rispondono all'esigenza di sopperire alla mancanza di strutture istituzionali locali.

Inaugurata dalle lunghe e in definitiva fallimentari trattative avviate nel 1997 dal governo cambogiano con l'Onu per l'istituzione di un tribunale che facesse luce sul genocidio del popolo cambogiano e sui crimini del regime di Pol Pot, e accertasse le relative responsabilità penali, questa via è stata imboccata dall'amministrazione dell'Untaet a Timor Est con l'istituzione di camere – Special Panels for Serious Crimes – competenti per crimini che vanno dal genocidio alla tortura.³⁶ Fra le molte altre richieste di istituire analoghi tribunali ha trovato poi attuazione e acquistato una significativa operatività la Special Court for Sierra Leone che, a differenza dell'Icty e dell'Ictr, non è stata istituita sulla base di una risoluzione del Consiglio di sicurezza ma sulla base di un trattato bilaterale tra il governo della Sierra Leone e le Nazioni unite (16 gennaio 2002).³⁷ Ma l'attività delle camere penali di Timor Est si è scontrata, oltre che con la non collaborazione di fatto del governo indonesiano in materia di estradizione, con gravi carenze finanziarie e di personale (e condizioni di lavoro disincentivanti per giudici di formazione occidentale). Problemi materiali hanno afflitto anche la Special Court for Sierra Leone, finanziata da contributi facoltativi (e largamente insufficienti) della comunità internazionale.³⁸

Quello del Ruanda costituisce a tutt'oggi il più ambizioso esperimento di giustizia di transizione mai tentato: "Mass justice for mass atrocity". Il Fronte patriottico ruandese (a dominanza tutsi), insediatosi al governo dopo il genocidio, aveva inizialmente imboccato la via giudiziaria, avanzando all'Onu la richiesta di istituzione di un

tribunale internazionale sulla base dell'originaria previsione che gli imputati per genocidio avrebbero dovuto essere poche migliaia: l'accertamento dei fatti non tardò a porre il paese e la comunità internazionale davanti a un diverso ordine di grandezza, determinato non da un'organizzazione estesa e ramificata di criminali di stato ma da una "criminal population". Dopo questa richiesta, il Ruanda fu però l'unico stato a votare contro l'istituzione del tribunale, temendo in particolare che potessero finire sul banco degli imputati per crimini di guerra esponenti del nuovo governo. Di qui le insormontabili difficoltà del Tribunale di Arusha, ostacolato in primo luogo proprio dal governo che con esso maggiormente avrebbe dovuto collaborare, difficoltà che hanno contribuito al ripensamento internazionale circa l'opportunità di una supremazia dei tribunali internazionali.

Di qui anche il fallimento dei tribunali interni, che dopo sei anni dall'inizio dei procedimenti si trovavano ad aver processato solo 6000 detenuti, mentre altri 120.000 restavano nelle prigioni (con un costo stimato di 20 milioni di dollari all'anno). Si arrivò pertanto a calcolare che i tribunali ruandesi avrebbero necessitato di un secolo per dare esecuzione a tutti i processi – e questo in un paese in cui l'aspettativa media di vita non superava i quarantanove anni.³⁹ In conseguenza di ciò si è richiamato in vita un meccanismo autoctono di risoluzione delle controversie, chiamato *gacaca*, attivando 11.000 tribunali di comunità (*gacaca inkiko*), davanti ai quali nell'arco di pochi anni oltre 100.000 giurati laici hanno esaminato più di un milione di casi di genocidio, ascoltando le deposizioni di *génocidaires*, *rescapés* e *temoins*.⁴⁰ In questo modo, a un basso livello di formalizzazione delle procedure e con esiti piuttosto discontinui, soprattutto in conseguenza del diffondersi del disinteresse e dello scetticismo, si è imboccata una via che si avvicinava al modello sudafricano della Commissione verità e riconciliazione (benché con un rapporto tra carnefici e vittime in questo caso decisamente sfavorevole alle vittime).

Ma almeno un aspetto dell'esperienza ruandese va ascritto in positivo al bilancio: dopo un pluriennale conflitto tra la comunità internazionale e il governo ruandese, che denunciava l'insostenibilità di una situazione nella quale gli architetti del genocidio, processati dall'Ictr, avevano la garanzia di sfuggire alla pena di morte, mentre gli esecutori dei loro piani processati dai tribunali nazionali andavano

incontro alla severità di questa condanna (e in effetti nel 1998, sfidando gli appelli dell'Alta commissione delle Nazioni unite che chiedevano almeno una moratoria, si ebbero 22 esecuzioni capitali), si è giunti nel 2007 all'approvazione di una legge che esclude la pena capitale per tutti i casi trasferiti dall'Ictr ai tribunali nazionali. Questa evoluzione sarebbe, secondo autorevoli interpreti, una prova dell'effetto civilizzatore dei tribunali penali internazionali.⁴¹

Nel complesso però, allo stato attuale, le esperienze fatte non sembrano troppo incoraggianti. Perché sia possibile il funzionamento di un modello di giurisdizione mista che non si risolva in una sorta di simbolico protettorato giudiziario delle istituzioni sovranazionali è necessaria la collaborazione dello stato in cui i crimini hanno avuto luogo. La vicinanza dei processi alle popolazioni coinvolte aumenta infatti i rischi di interferenze dell'esecutivo e di una loro politicizzazione – in paesi che soffrono di gravi deficit di cultura democratica. Per converso, la distanza dai centri di potere internazionale può favorire il disinteresse della comunità internazionale e, in particolare, il suo disimpegno finanziario.⁴² Ma il problema strutturale di questa giustizia concessa in prestito consiste nella sua episodicità, nel suo essere una *provvisoria* cattedrale in un deserto istituzionale. Dopo che i tribunali internazionali o misti hanno operato senza un mandato sufficientemente definito, in mancanza di risorse sufficienti e anche di personale competente, il paese viene lasciato senza un potere giudiziario operante.⁴³

In conclusione, si può pertanto affermare che i tribunali penali internazionali possono solo parzialmente soddisfare le aspettative degli attori e dell'opinione pubblica internazionale che ne hanno promosso la creazione. Queste aspettative, ancora una volta, riguardano: a) la punizione dei colpevoli in quanto singoli, b) la riconciliazione delle vittime (o di chi con le vittime s'identifica) con la società che le ha martirizzate, c) l'elaborazione del passato da parte della collettività dei colpevoli.⁴⁴ Per quanto concerne il primo aspetto, che è quello propriamente di pertinenza del processo penale, va ribadito che i crimini politici (in quanto sistemici) sono sempre il risultato del complesso interagire di una molteplicità di fattori. Due sono, come abbiamo già rilevato, le complicazioni: per un verso, vi è sempre indirettamente implicata, tra il vertice dei decisori e la base degli

esecutori, una pluralità di attori; per altro verso, la presenza di strutture gerarchiche spesso militarizzate rende più difficile l'attribuzione delle responsabilità.⁴⁵

La conseguenza di questo stato di cose è necessariamente il permanere di uno squilibrio strutturale tra la domanda di giustizia delle vittime e l'accertamento delle responsabilità penali da parte dei tribunali: la cerchia dei condannati è sempre più ristretta della cerchia di coloro che sono ritenuti colpevoli da una sfera pubblica composta da vittime e da spettatori emotivamente partecipi delle sofferenze delle vittime. Per favorire il perseguimento della riconciliazione (oltre che per risparmiare tempo e risorse) l'Icty negli anni ha fatto crescente ricorso al *plea bargain*. I giudici l'hanno giustificato argomentando che le ammissioni di colpevolezza facilitano la riconciliazione, contribuendo a far luce sulla verità e fornendo anche alle vittime un'opportunità di prendere le distanze dal passato. Il fatto però che questi tribunali siano fisicamente, linguisticamente e culturalmente lontani dalle comunità (di vittime) che dovrebbero beneficiare del loro operare induce un certo scetticismo sulle loro effettive possibilità di contribuire al processo di riconciliazione.⁴⁶ Le aule dei tribunali, inoltre, offrono un'occasione agli imputati per esprimere pentimento, ma questo avviene piuttosto raramente.

Precaria è anche la speranza che si faccia piena luce e che la verità soddisfi la domanda di giustizia: la verità giudiziaria è composta di singoli fatti, ciechi ai sentimenti, alle impressioni, ai ricordi, alle atmosfere. I processi non forniscono una sola ricostruzione coerente dei fatti bensì due, spesso frontalmente opposte e reciprocamente escludentesi (quella dell'accusa e quella della difesa); di solito non aprono la strada a comparazioni; molto di quanto è accaduto resta escluso dalla ricostruzione; ciò che emerge dipende dalle domande definite nell'*indictment*; quand'anche durante il processo siano state dibattute questioni più generali, le sentenze tornano a concentrarsi sulla responsabilità di individui entro circoscritte concatenazioni causali.⁴⁷ La logica procedurale dello stato di diritto si scontra così con la domanda di *piena* verità e di *autentica* giustizia delle vittime, offese dal permanere di condizioni generali d'impunità e dai comportamenti degli ignavi o dei solidali con il crimine (non penalmente perseguibili ma dalle vittime considerati gravemente corresponsabili).⁴⁸

La terza aspettativa riguarda l'elaborazione del passato nel suo complesso, in virtù della quale la nazione integra il crimine nella sua biografia collettiva e ne fa una componente della memoria sociale nel corso del processo di democratizzazione. Sotto questo profilo, i tribunali giocano un ruolo importante, ma che non può essere valutato solo in termini positivi: i dibattimenti possono generare anche effetti collaterali indesiderati, quando offrono al collettivo il pretesto per avviare processi di autovittimizzazione che alimentano nazionalismo ed estremismo (il caso recente della Serbia è eloquente); e possono favorire l'insorgere di nuovi conflitti anche per il diseguale trattamento dei responsabili. Sussiste certamente un nesso tra stato di diritto e democrazia: ma esso non può consolidarsi quando i procedimenti giudiziari tendono a criminalizzare una popolazione che ha sostenuto plebiscitariamente un regime (in qualche misura) criminale e quando il principio di legalità risulta ristretto alla sola dimensione penale.⁴⁹

La valutazione dipende poi, in ultima istanza, da un fattore imponderabile, cioè dal numero di crimini che un sistema effettivo di deterrenza può contribuire a scongiurare.⁵⁰ Ma anche su questo punto le previsioni negative prevalgono: la tesi che la comunità internazionale sia destinata ad avere scarso successo puntando sulla giustizia penale per prevenire la macrocriminalità politica appare ormai condivisa non solo da quegli interpreti che sono scettici sul ruolo che il legalismo può avere nel promuovere la democratizzazione. Molti denunciano apertamente il dogma illusorio della deterrenza della pena, la cui efficacia a livello internazionale resta in effetti tutta da dimostrare – vi è anzi chi arriva a sostenere che essa sia fundamentalmente controproducente.⁵¹ Finalità di prevenzione possono, come è noto, essere ascritte alla pena da tre punti di vista, a seconda che a essa sia attribuita la funzione di dissuadere potenziali colpevoli futuri (tesi della prevenzione generale negativa), oppure di scongiurare la reiterazione del reato da parte degli stessi soggetti (tesi della prevenzione speciale negativa), o ancora di stabilizzare il senso comune morale e una cultura della legalità e del rispetto dei diritti umani (tesi della prevenzione generale positiva).⁵² È abbastanza evidente che sotto il primo e il secondo punto di vista la forza dissuasiva dei tribunali penali internazionali è estremamente ridotta (tanto più ridotta quanto più è ampio, in società senza stato, il serbatoio di reclutamento di *élites*

criminali); più plausibile può apparire sul medio e lungo periodo l'effetto di prevenzione generale positiva – ma qui siamo appunto nel dominio dell'imponderabile.

La domanda con cui si chiude il volume di Jonathan Bass: “Do war crimes tribunals work?” è stata riproposta innumerevoli volte nel corso degli ultimi anni, ma la sua linea interpretativa liberale è stata apertamente contestata.⁵³ Se gli indicatori dell'efficacia della soluzione giudiziaria sono quelli enumerati da Elster – che cioè i processi siano solleciti, veloci, severi, giusti, estesi ed efficienti – vi è da dubitare che l'operato dell'Icc sia nell'attuale congiuntura storica in grado di soddisfarli. Il conflitto tra legalità, legittimità ed efficienza connota in senso strutturale e con effetti destabilizzanti la vita delle corti internazionali. La giustizia penale internazionale è confrontata poi, si è detto, con uno specifico paradosso. Essa è nata in un'epoca di delegittimazione della funzione repressiva del diritto, in un'epoca in cui non si crede più all'efficacia e alla legittimità della sanzione penale: e contro questo radicale scetticismo è destinata a combattere. Come tutte le politiche, anche la resa dei conti giudiziaria con il passato è esposta al rischio di quegli esiti che Albert Hirschman ha definito, in un saggio famoso, *Retoriche dell'intransigenza*, “futilità”, “effetti perversi” e “messa a repentaglio”.⁵⁴

Ciò detto sui problemi di carattere strutturale, occorre in conclusione far riferimento anche a quelli di tipo congiunturale, che almeno nella fase attuale finiscono tuttavia per pesare sul bilancio complessivo e per alimentare lo scetticismo su una giustizia percepita come arbitrariamente selettiva. Com'è noto, la giurisdizione dell'Icc non può essere esercitata anteriormente al 2002, il che lascia scoperta una fascia di recente, non remota, macrocriminalità politica, per la quale l'argomento dell'inesistenza del crimine internazionale non può certo essere credibilmente avanzato. D'altro canto, anche i tribunali internazionali *ad hoc* stanno concludendo, pressati a farlo (irrealisticamente entro il 2010), i loro lavori. Negli ultimi anni si è così aperto il dibattito sui rischi d'impunità per quegli indagati dei Tribunali per la ex Jugoslavia e per il Ruanda che al momento dello smantellamento delle corti si trovassero ancora in libertà.⁵⁵ Inquietanti oasi d'impunità si stanno riaprendo tra le maglie di un sistema di complementarità tra gli organi giudiziari, sul quale pesano non solo

ostacoli strutturali ma difficoltà contingenti e nondimeno, nel breve periodo, apparentemente insormontabili. In conseguenza delle quali si rafforza la tentazione di chiudere i conti con il passato senza averli fatti davvero.

NOTE

¹ Sul tema cfr. B. Barth, *Genozid. Völkermozd im 20. Jahrhundert. GeschichteTheorien-Kontroversen*, Beck, München 2006.

² H. Ahlbrecht, *Geschichte*, cit., pp. 232-301; Y. Beigbeder, *Judging War Criminals*, cit., pp. 146-168.

³ G.J. Bass, *Stay the Hand of Vengeance*, cit., pp. 206-207, sottolinea opportunamente le vistose differenze: “The Nuremberg comparison is inevitable, but it is not a flattering one. Goering, Ribbentrop, and Jodl were the most powerful surviving men in Nazi Germany; Tadic is only a savage pawn in the Bosnian Serb forces. The Nazis stood their trial soon after the war ended; Tadic went on trial more than three years after the establishment of the tribunal in 1993. The leading Allied staff at Nuremberg were at the rank of attorney general or Supreme Court justice; the staff here, with perhaps two exceptions, are at best middle management. The Nazis were apprehended by victorious Allied armies at the end of the Allied crusade to liberate Europe; Tadic is in custody only because he had the bad luck to get arrested in 1994 by German police in Munich. As Tadic stood his trial, all of the more serious indicted figures – Radovan Karadzic, Ratko Mladic, and fifty-four more – were at large, as Western leaders refused to order the tens thousands of Nato troops policing Bosnia’s peace to arrest them”. La situazione, nel frattempo (con l’arresto dei ricercati), è cambiata, ma l’asimmetria temporale è rimasta.

⁴ V. Morris, M.P. Scharf (a cura di), *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, Transnational Publishers, Irvington (N.Y.) 1998.

⁵ H. Ahlbrecht, *Geschichte*, cit., p. 327. Per un confronto approfondito delle due esperienze giurisdizionali V. Peskin, *International Justice in Rwanda and the Balkans*, cit., che delinea la sua comparazione a partire dal “surprising reversal of fortune for the two tribunals” (p. 4): mentre l’Ictr aveva goduto inizialmente del favore del governo ruandese ma poi ha finito per esserne boicottato, l’Icty è passato dall’iniziale opposizione dei governi serbo e croato a un rapporto di cauta collaborazione. Cfr. L. Reydam, *The Ictr Ten Years On. Back to the Nuremberg Paradigm*, “Journal of International

Criminal Justice”, 3 (2005), pp. 977-988; L. Waldorf, “*Like Jews Waiting for Jesus*”: *Posthumous Justice in Post-Genocide Rwanda*, in R. Shaw, L. Waldorf (a cura di), *Localizing Transitional Justice*, cit., pp. 183-202. “Rwanda objected to the Tribunal’s location in Tanzania, limited temporal jurisdiction, primacy over Rwandan national courts, exclusion of civil parties, and refusal to apply the death penalty. Rwanda’s cooperation with the Tribunal has always been marked by distrust, partly due to the threat that the Tribunal might prosecute members of the current government for war crimes” (p. 193).

⁶ S. Zappalà, *La giustizia penale internazionale*, il Mulino, Bologna 2005, p. 18. L’esistenza di un Tribunale penale internazionale come l’Icty non è rimasta comunque senza conseguenze sulla conduzione della guerra: G. Robertson, *Crimes Against Humanity*, cit., p. 416: “In order to avoid the humiliation of a Western general being placed in The Hague dock, lawyers sat at Nato command computer screens and assessed the legality of every proposed target and air strike: the texts of the Geneva Convention were available on-screen”.

⁷ D. Cohen, *L’eredità di Norimberga*, in L. Baldissara, P. Pezzino (a cura di), *Giudicare e punire*, cit., pp. 250-251. Per un bilancio cfr. G. Acquaviva, E. Sabadini, *Repertorio delle sentenze del Tribunale e dei procedimenti rimessi alle corti nazionali*, in G. Calvetti, T. Scovazzi (a cura di), *Il Tribunale per la ex-Jugoslavia: l’attività svolta e il suo prossimo scioglimento*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 95-146.

⁸ B.N. Schiff, *Building the International Criminal Court*, cit., pp. 60-61.

⁹ H. Vest, *Kollektive Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht*, in D. Gerber, V. Zanetti (a cura di), *Kollektive Verantwortung*, cit., pp. 330-331. Occorre però precisare: se anche i concetti di *conspiracy* e guerra d’aggressione non giocano più alcun ruolo, l’Icty ha fatto ricorso al concetto di *joint criminal enterprise*, che reintroduce il concetto di responsabilità collettiva per i membri del gruppo, quando sia dimostrato che il gruppo agiva in base a un piano comune.

¹⁰ B.N. Schiff, *Building the International Criminal Court*, cit., pp. 49-50.

¹¹ Ciò non era stato ancora possibile per l’Armenia (solo la Convenzione sul genocidio del 1948, il Trattato di Ginevra del 1949 e il II protocollo aggiuntivo del 1977 lo avrebbero consentito), ma non era

avvenuto nemmeno per il genocidio cambogiano: H. Ahlbrecht, *Geschichte*, cit., p. 329. L'Ictr (come del resto in genere i tribunali africani) ha invece mostrato minore attenzione dell'Icty nei confronti dei crimini contro le donne: vedi K.D. Askin, *War Crimes Against Women*, cit.

¹² Cfr. S. Meseke, *La contribution de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda à la concrétisation de l'incrimination du crime contre l'humanité* e B. Lüders, *L'incrimination de génocide dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda*, in M. Chiavario (a cura di), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Giuffrè, Milano 2003, rispettivamente pp. 173-222 e 223-257.

¹³ D. Cohen, *L'eredità di Norimberga*, in L. Baldissara, P. Pezzino (a cura di), *Giudicare e punire*, cit., p. 248.

¹⁴ A. Cassese, *Clemency Versus Retribution in Post-Conflict Situations*, cit., p.9: "International criminal tribunals suffer from the Nuremberg syndrome, the tendency to try the vanquished while the victors remain sheltered from judicial scrutiny. It is a fact that neither the accusations widely made against Nato airmen attacking Serbia in the 1999 war nor those made against the Tutsi leadership for the 1994 genocide have ever been verified or examined through judicial inquiry".

¹⁵ V. Peskin, *International Justice in Rwanda and the Balkans*, cit., pp. 7-8, argomenta persuasivamente, individuando nella capacità di esercitare "soft power of attraction" una variabile decisiva per il successo delle corti penali internazionali, che "the Icty has been able to exercise its soft power more effectively than the Ictr because of the Icty's greater success in completing trials, maintaining professionalism in court operations, and obtaining frequent and favourable international press coverage. By contrast, the Ictr has been beleaguered by a series of administrative scandals, the slow pace of trials, and negative media coverage that have undermined its reputation as well as its capacity to persuade international actors to intervene on its behalf when the Rwandan government withholds cooperation".

¹⁶ H. Ahlbrecht, *Geschichte*, cit., pp. 330-333. Contestando la facoltà del Consiglio di sicurezza di legiferare, si è argomentato che l'istituzione di un tribunale è una misura legislativa, che va oltre le sue competenze di "polizia" internazionale e non rientra nelle misure

coercitive previste dall'articolo 41 della Carta. Ma prevale l'opinione favorevole, che obietta che l'istituzione di un tribunale *ad hoc* non è una misura di carattere primariamente legislativo. Per il dibattito italiano cfr. almeno le contrapposte posizioni di G. Arangio-Ruiz, *The Establishment of the International Criminal Tribunal for the Former Territory of Yugoslavia and the Doctrine of Implied Powers of the United Nations* e L. Condorelli, *Legalità, legittimità, sfera di competenza dei tribunali penali ad hoc creati dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite*, in F. Lattanzi, E. Sciso (a cura di), *Dai Tribunali penali ad hoc a una Corte permanente*, Editoriale Scientifica, Napoli 1996, pp. 31-45 e 47-63. Opportunamente Condorelli fa riferimento all'articolo 51 della Carta, in base al quale il Consiglio di sicurezza ha il potere-dovere di "agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir et rétablir la paix et la sécurité internationales". Inoltre A. Cassese, M. Chiavario, G. De Francesco (a cura di), *Problemi giuridici attuali della giustizia penale internazionale*, Giappichelli, Torino 2005.

¹⁷ Sul bilancio delle attività svolte si consultino i rispettivi siti: <http://www.un.org/icty/glance-e/index.htm> e <http://www.icttr.org>

¹⁸ W.A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, p. 6. Vedi <http://www.un.org/icty/glance/index.htm>. Contro l'argomento dell'insostenibilità dei costi i sostenitori dei tribunali internazionali (non solo penali) fanno notoriamente valere il controargomento dell'irrazionale enormità dei costi degli arsenali militari.

¹⁹ Il testo è in "Rivista di diritto internazionale", 82 (1999), pp. 229-292. Per la ricostruzione del cammino storico che ha condotto allo Statuto di Roma cfr. H. Ahlbrecht, *Geschichte*, cit., pp. 335-390; Y. Beigbeder, *Judging War Criminals*, cit., pp. 186-199; A. Cassese, P. Gaeta, J. Jones (a cura di), *The Rome Statute for the International Criminal Court. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford 2002; W.A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, cit.; O. Bekou, R. Cryer (a cura di), *The International Criminal Court*, Ashgate-Dortmouth, Aldershot 2004; B.N. Schiff, *Building the International Criminal Court*, cit., p. 3, definisce giustamente la Corte "a work-in-progress, an amalgam of normative commitments, legal understandings, political interests, diplomatic bargains, and

organization dynamics”.

²⁰ B.N. Schiff, *Building the International Criminal Court*, cit., p. 77, sottolinea come il principio della complementarità della Corte rispetto alle giurisdizioni penali nazionali sia affermato con grande evidenza sia nel Preambolo sia nell’articolo 1 dello Statuto, senza che peraltro esso sia mai definito esplicitamente.

²¹ Sulla collaborazione dei tribunali E. Orrù, *Il tribunale del mondo*, cit.; S. Morel, *La mise en oeuvre du principe de complémentarité par la Cour pénale internationale. Le cas particulier des amnisties*, Éditions Bis et Ter, Lausanne 2005. La scarsa collaborazione del resto è un problema che concerne non solo gli stati con istituzioni precarie sotto il profilo della legalità: nel caso del Ruanda, a non collaborare con il tribunale non furono soltanto il Kenya e lo Zaire di Mobutu, che avevano dato ricetto a un gran numero di massacratori ruandesi, ma anche la Francia, che durante l’aggravarsi del conflitto aveva continuato a sostenere militarmente il governo ruandese (Y. Beigbeder, *Judging War Criminals*, cit., p. 177).

²² C. Bassiouni, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale. Un quadro teorico*, Giuffrè, Milano 1999, p. 1. Con una formula efficace, l’Icc è definita qui “un foro giudiziario internazionale, ma non un sistema globale di giustizia penale internazionale” (p. 189).

²³ Cfr. M. Castellaneta, *La cooperazione tra stati e tribunali penali internazionali*, Cacucci, Bari 2002.

²⁴ C. Bassiouni, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale*, cit., p. 20, dove si conclude: “Lo Statuto della Corte penale internazionale ha creato un ibrido, per effetto del quale la Corte è ‘complementare’ alla giurisdizione penale nazionale”.

²⁵ A. Garapon, *Crimini che non si possono né punire né perdonare*, cit., pp. 13-14.

²⁶ Cfr. E. Orrù, *Il tribunale del mondo*, cit., pp. 69-110; C.H. Reese, *Fünf offene Fragen zum Internationalen Strafgerichtshof – und der Versuch einer Antwort*, in F. Neubacher, A. Klein (a cura di), *Vom Recht der Macht zur Macht des Rechts?* cit., pp. 71-89.

²⁷ O. Diggelmann, *Staatsverbrechen und internationale Justiz*, cit., pp. 391-392.

²⁸ Così le enumera W.A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, cit., p. 16: “An inherent jurisdiction of

the court over the core crimes, the elimination of a Security Council veto on prosecutions, an independent prosecutor with the power to initiate proceedings *proprio motu*, prohibition of reservations to the statute”.

²⁹ L’articolo 5.2 dello Statuto infatti recita: “The Court shall exercise jurisdiction over the crime of aggression once a provision is adopted in accordance with articles 121 and 123 defining the crime and setting out the conditions under which the Court shall exercise jurisdiction with respect to this crime”. Cfr. W.A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, cit., p. 31: “There is no guarantee that its presence in article 5 (1) may only be pure symbolism”; cfr. anche M.A. Shukri, *Will Aggressors Ever be Tried Before the Icc?*, in M. Politi, G. Nesi (a cura di), *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*, Gower, Aldershot 2004, pp. 33-42. Sulla questione B. Jesse, *Der Verbrechensbegriff des Römischen Statuts. Ein Beitrag zu einer statutsimmanenten Strukturanalyse des Römischen Statuts des internationalen Strafgerichtshofs*, Duncker & Humblot, Berlin 2009; G. Werle, *Völkerstrafrecht*, cit., pp. 525-530.

³⁰ Si vedano i contributi del *Symposium: The Codification of the Crime of Aggression*, “European Journal of International Law”, 20 (2009), in particolare il contributo di A. Paulus, *Second Thoughts on the Crime of Aggression*, pp. 1117-1128, che così conclude: “The inclusion of the crime of aggression in the jurisdiction of the Court at this time costs too much, dividing the supporters of the Court, deemphasizing the prohibitions of the current law, mingling *jus ad bellum* and *jus in bello* issues, and gives to little, a merely theoretical possibility of an activist Security Council combined with a Court being able to act swiftly to deter acts of aggression. As long as the disagreement within the International community on *jus ad bellum* issues persists, the time may not yet be ripe for living the International Criminal Court jurisdiction over the crime of aggression” (p. 1127). Cfr. J. Babic, *War Crimes: Moral, Legal, or Simply Political?*, in A. Jokić (a cura di), *War Crimes and Collective Wrongdoing*, cit., p. 64: “The price for introducing the concept of aggression into international law is the complete abolition of the concept of war”.

³¹ S. Zappalà, *Il procuratore della Corte penale internazionale:*

luci e ombre, “Rivista di diritto internazionale”, 82 (1999), p. 53: “È contraddittorio assegnare al procuratore poteri *ex officio* e contemporaneamente costringerlo a notificare a tutti gli stati l’esistenza del procedimento, dando così a questi ultimi la possibilità di bloccare o anche solo di ritardare le indagini, con rischi che ben si possono immaginare per le vittime dei crimini, per eventuali testimoni e per altri elementi di prova”. Inoltre: “Si è creata una funzione d’accusa a tutela di interessi della comunità internazionale, affidata a un organo internazionale indipendente e imparziale, appositamente istituito; nel contempo, però, si sono sottoposti la funzione e l’organo così creati a interferenze politiche *potenzialmente* aperte ad abuso” (pp. 83-84). Sul compromesso cfr. quanto osserva un membro della delegazione tedesca al negoziato di Roma, K. Ambos, *The Legal Basis of the International Criminal Court. An Analysis of the Rome Statute*, in A. Eser (a cura di), *The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court*, iuscrim, Freiburg 2000, p. 4: “The Statute is not structured according to logical criteria, but is, rather, the product of years of politico-legal negotiations marked by the search for acceptable solutions and a willingness to compromise as far as possible”.

³² La questione è ben affrontata da R. Kerr, *The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. An Exercise in Law, Politics, and Diplomacy*, Oxford University Press, Oxford 2004, p. 208, secondo cui “the dependency of the Tribunal on external bodies and the close linkage between the Tribunal and the political process for the restoration of peace did not amount to ‘politicization’. The Tribunal had a political function, as a mechanism for the restoration and maintenance of international peace and security, and engaged in politics and diplomacy in order to function, but ‘politicization’ is the manipulation of the judicial process by politics, not the manipulation of politics to serve the judicial process”. B.N. Schiff, *Building the International Criminal Court*, cit., p. 9: per quanto non sia un organo politico, le azioni della Corte “have political ramifications for states and for actors within states, and will inevitably be interpreted politically, and the distinction between judicial and political grounds is not always clear”. Cfr. W.A. Schabas, *Independence and Impartiality of the International Judiciary: Some Lessons Learned, and Some Ignored*, in E. Hughes, W.A. Schabas, R. Thakur (a cura di), *Atrocities and International*

Accountability. Beyond Transitional Justice, United Nations University Press, Tokyo 2007, p. 202: “It is a fact that many States seek to influence the direction of international justice, and that they will resist efforts to strengthen the independence and impartiality of the judiciary because this threatens their ability to fulfil such an agenda. The fact is, they do not want a court that is entirely beyond their control”. Sulla questione già J. Shklar, *Legalism*, cit., p. 145. Da ultimo A. von Bogdandy, I. Venzke, *In nome di chi? Giurisdizione internazionale e teoria del discorso*, Trauben, Torino 2010, pp. 60-63.

³³ Per questa distinzione tra tre dimensioni della selettività della giustizia penale internazionale, quella definita “strutturale”, quella “operativa” e quella più propriamente politica cfr. E. Orrù, *Il tribunale del mondo*, cit., pp. 69-72.

³⁴ J. Rupperecht, *Frieden durch Menschenrechtsschutz*, cit., pp. 269-270. La pretesa che in condizioni di paralisi istituzionale e perdurante conflittualità politica sia garantita l’indipendenza dei procedimenti attraverso l’esclusione di ogni interferenza governativa sui componenti nazionali dei tribunali appare tuttavia poco realistica.

³⁵ S. Zappalà, *La giustizia penale internazionale*, cit., p. 69. Si tratta tuttavia, come osserva E. Orrù, *Il tribunale del mondo*, cit., p. 119, di una soluzione di compromesso e non di una “vera alternativa” ai tribunali penali internazionali, esposta dunque alle fragilità degli uni e degli altri.

³⁶ C. Reiger, *Hybrid Attempts at Accountability for Serious Crimes in Timor Leste*, in N. Roht-Arriaza, J. Mariezcurrena (a cura di), *Transitional Justice*, cit., pp. 143-170.

³⁷ W.A. Schabas, *The Relationship between Truth Commissions and International courts: The Case of Sierra Leone*, “Human Rights Quarterly”, 25 (2003), pp. 1035-1066; M.L. Padelletti, *Repressione dei crimini internazionali di individui e tribunali internazionali: il caso della Corte speciale per la Sierra Leone*, “Rivista di diritto internazionale”, 88 (2005), pp. 76-105; R. Winter, *Der Special Court for Sierra Leone – Ein Erfahrungsbericht* e K. Tätzsch, *Die Truth and Reconciliation Commission (Trc) in Sierra Leone*, in F. Neubacher, A. Klein (a cura di), *Vom Recht der Macht zur Macht des Rechts?*, cit., pp. 227-233 e 235-261; S. Horowitz, *Transitional Criminal Justice in Sierra Leone*, in N. Roht-Arriaza, J. Mariezcurrena (a cura di), *Transitional*

Justice, cit., pp. 43-69; A. Tejan-Cole, *A Big Man in a Small Cell: Charles Taylor and the Special Court of Sierra Leone*, in E.L. Lutz, C. Reiger (a cura di), *Prosecuting Heads of State*, cit., pp. 205-232. Per W.A. Schabas, *The UN International Criminal Tribunals. The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, cit., p. 6, “the Special Court for Sierra Leone is a close relative of the ‘hybrid tribunals’, but it is more accurately classified with the ad hoc tribunals because it is a creature of international law, not domestic law”.

³⁸ A tacere del fatto che tutta una serie di materie appaiono controverse, a cominciare dalla limitazione della giurisdizione della Corte per crimini commessi a partire dall’accordo di pace del 30 novembre 1996 e non, come ragionevolmente richiesto da Ong come Human Rights Watch, a partire dall’inizio della guerra civile (1991), passando per l’amnistiabilità di certe categorie di reati per finire alla questione della responsabilità penale dei baby-soldati. Sull’intervento dell’Onu in Sierra Leone, dalla nomina del primo inviato speciale nel 1995 all’avvio del processo a Charles Taylor nel giugno 2007, e sull’Unamsil come “model peacekeeping mission”, F. Olonikasin, *Peacekeeping in Sierra Leone. The Story of Unamsil*, Lynne Rienner, Boulder (Col.) 2008. Per un confronto tra le esperienze a Timor Est, Sierra Leone e Cambogia cfr. J. Rupprecht, *Frieden durch Menschenrechtsschutz*, cit., pp. 258-273.

³⁹ P.E. Harrell, *Rwanda’s Gamble. Gacaca and a New Model of Transitional Justice*, Writers Club Press, New York 2003, p. 8. Cfr. anche W.A. Schabas, *Le Rwanda, le Burundi, et la maladie d’impunité*, in R. Verdier, E. Decaux, J.-P. Chrétien (a cura di), *Rwanda. Un génocide du XX^e siècle*, L’Harmattan, Paris 1995, pp. 115-123; J. Pottier, *Re-Imagining Rwanda. Conflict, Survival and Disinformation in the Twentieth Century*, Cambridge University Press, Cambridge 2002; P. Behrendt, *Die Verfolgung des Völkermords in Ruanda durch internationale und nationale Gerichte*, Bwv, Berlin 2005, pp. 163-191; G. Hankel, *Vergangenheitsbewältigung durch die Justiz? Das Beispiel Ruanda*, in F. Neubacher, A. Klein (a cura di), *Vom Recht der Macht zur Macht des Rechts?*, cit., pp. 263-277; A.T. Paul, *Das Unmögliche richten – Schuld, Strafe und Moral in Ruanda*, “Leviathan”, 34 (2006), pp. 30-60; P.Clark, Z.D. Kaufman (a cura di), *After Genocide. Transitional Justice, Post-Conflict Reconstruction and Reconciliation*

in *Rwanda and Beyond*, Hurst, London 2008.

⁴⁰ Cfr. L. Waldorf, *A Justice "Trickle-Down": Rwanda's First Postgenocide President on Trial*, in E.L. Lutz, C. Reiger (a cura di), *Prosecuting Heads of State*, cit., pp. 151-175. La cancellazione delle identità etniche nel discorso pubblico: una versione moderna del *mnēsikakein*: S. Buckley-Zistel, *Gewählte Amnesie. Die sozialen Dimensionen von Erinnern und Vergessen nach dem Völkermord in Ruanda*, "Peripherie", 2008, nn. 109-110, pp. 131-147; R. Lemarchand, *The Politics of Memory in Post-Genocide Rwanda*, in P. Clark, Z.D. Kaufman (a cura di), *After Genocide*, cit., pp. 65-76; G. Hankel, *Vergangenheitsbewältigung durch die Justiz? Das Beispiel Ruanda*, cit.

⁴¹ W.A. Schabas, *Il rapido progresso verso l'abolizione della pena di morte in Africa*, in P. Costa (a cura di), *Il diritto di uccidere*, cit., pp. 253-254.

⁴² S. Zappalà, *La giustizia penale internazionale*, cit., p. 70: "Parrebbe opportuno, per il futuro e in una prospettiva *de iure condendo*, che anche tali organi fossero in qualche modo collegati o sottoposti al controllo della Corte penale internazionale. Si potrebbe, ad esempio, ipotizzare un processo di primo grado decentrato e la successiva possibilità di un appello, o di altra forma di impugnazione, davanti alla Corte penale internazionale".

⁴³ Cfr. P. Burgess, *A New Approach to Restorative Justice – East Timor's Community Reconciliation Processes*, in N. Roht-Arriaza, J. Mariezcurrena (a cura di), *Transitional Justice*, cit., pp. 176-205; J. Nevins, *A Not-So-Distant Horror. Mass Violence in East Timor*, Cornell University Press, Ithaca 2005.

⁴⁴ O. Diggelmann, *Staatsverbrechen und internationale Justiz*, cit., pp. 382-399; L. May, *Genocide*, cit., pp. 242-243.

⁴⁵ H. Vest, *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, cit.

⁴⁶ B.N. Schiff, *Building the International Criminal Court*, cit., p. 10: "The Statute creates mechanisms of traditional (retributive) and newer (restorative) justice, but the emphasis between the two remains in flux, and the mechanisms for the second are particularly sketchy". Lo Statuto dell'Icc ha rafforzato il ruolo e le prerogative delle vittime, ma entro certi limiti. Cfr. J.N. Clark, *Plea Bargaining at the Icty: Guilty Pleas and Reconciliation*, "The European Journal of International Law", 20 (2009), pp. 415-436.

⁴⁷ M. Marrus, *Overview*, in C.A.L. Prager, T. Govier (a cura di), *Dilemmas of Reconciliation. Cases and Concepts*, Laurier University Press, Waterloo (Canada), pp. 30-31. È la nota tesi, secondo cui compito del processo è fare giustizia, non rafforzare il senso d'appartenenza e l'identità collettiva.

⁴⁸ O. Diggelmann, *Staatsverbrechen und internationale Justiz*, cit., pp. 394-395.

⁴⁹ J. Snyder, L. Vinjamuri, *Trials and Errors: Principle and Pragmatism in Strategies of International Justice*, "International Security", 28 (2003-2004), p.43: "Trials do little to deter further violence and are not highly correlated with the consolidation of peaceful democracy". Cfr. G. Robertson, *Crimes Against Humanity*, cit., p. 417: "Punishing the people can be justified if those people have real power to remove the rulers for whose decisions they are to be punished. That cannot be said of the Iraqi nation but is sadly true of Serbia, a country where, despite a courageous opposition, the majority of the public have supported Milošević and his commanders in the knowledge of their record for 'ethnic cleansing'".

⁵⁰ O. Diggelmann, *Staatsverbrechen und internationale Justiz*, cit., p. 399. Cfr. C.H. Reese, *Fünf offene Fragen zum Internationalen Strafgerichtshof*, cit., pp. 80-84.

⁵¹ Circa l'eventualità che la minaccia di processi futuri serva efficacemente da deterrente M. Biegi, *Die humanitäre Herausforderung. Der International Criminal Court und die Usa*, Nomos, Baden-Baden 2004, p. 40. Anche nel caso di un'alta probabilità che a conclusione del processo si arrivi a delle sanzioni non simboliche, il valore di deterrenza della giurisdizione penale in conseguenza della lunga durata delle indagini risulta "illusorio". Cfr. anche H. Jäger, *Makrokriminalität*, cit., p. 81; Id., *Hört das Kriminalitätskonzept vor der Makrokriminalität auf?*, cit., pp. 59-60 e G.S. jr. Yacoubian, *Sanctioning Alternatives in International Criminal Law. Recommendations for the International Criminal Tribunals for Rwanda and for the Former Yugoslavia*, "World Affairs", 161 (1998), p. 49. Per una posizione meno pessimistica T. Risse, S. Ropp, K. Sicking (a cura di), *The Power of Human Rights. International Norms and Domestic Change*, Cambridge University Press, Cambridge 1999.

⁵² Vedi per esempio K. Günther, *Responsabilità e pena nello Stato*

di diritto, Trauben, Torino 2010, p. 89.

⁵³ G.J. Bass, *Stay the Hand of Vengeance*, cit., pp. 284-285. Critico K.C. Moghalu, *Global Justice. The Politics of War Crimes Trials*, Psi, Westport 2006, in particolare pp. 9-10. Cfr. G. Robertson, *Crimes Against Humanity*, cit.; B.T. Wilkins, *Whose Trials? Whose Reconciliation?*, in A. Jokić (a cura di), *War Crimes and Collective Wrongdoing*, cit., pp. 85-96. A. Cassese, *Clemency versus Retribution in Post-Conflict Situations*, cit., pp. 7-8 ha efficacemente sintetizzato i limiti della soluzione giudiziaria: a) a livello locale: 1) le corti sono politicamente compromesse, 2) non sono in grado di funzionare o mancano di personale adeguato; in generale 3) non offrono una ricostruzione storica complessiva dell'accaduto, 4) non riconciliano la popolazione, al contrario il processo può riattizzare gli odi, 5) raramente le pene appaiono adeguate alla gravità dei crimini, 6) anche il carcere è inadeguato, e sarebbe preferibile l'inserimento in comunità di lavoro; b) a livello internazionale: 7) le corti sono organizzazioni macchinose, lente e costose, 8) devono limitarsi a processare i più gravi responsabili dei crimini, lasciando impregiudicata la manovalanza del crimine politico: ma sono proprio i *perpetrators* che le vittime vogliono vedere puniti, 9) restano in definitiva tribunali dei vincitori.

⁵⁴ A. Hirschman, *Retoriche dell'intransigenza. Perversità, futilità, messa a repentaglio*, il Mulino, Bologna 1991.

⁵⁵ Cfr. D. Rižnik, *Die voraussichtliche Schliessung des Icty im Jahre 2013: Ein Freibrief für flüchtige Kriegsverbrecher? Die Bewältigungsstrategie und ihre Folgen*, "Archiv des Völkerrechts", 47 (2009), pp. 220-235; E. Møse, *The Ictr's Completion Strategy – Challenges and Possible Solutions*, "Journal of International Criminal Justice", 6 (2008), pp. 667-679. Con la risoluzione 1503 del 28 agosto 2003 il Consiglio di sicurezza aveva dettato all'Icty un calendario che prevedeva la conclusione della fase investigativa nel 2004, dei processi in prima istanza nel 2008 e un rapporto finale, inclusivo degli appelli, entro la fine del 2010. Questi termini non sono stati rispettati. Dall'ultimo rapporto del presidente della Corte, il giudice Patrick Robinson, si prevede una conclusione dei processi di primo grado attualmente in corso solo nel 2012 e una chiusura nel 2013. Si è aperto un gioco di pressioni incrociate. Che cosa avverrà dopo la chiusura se altri criminali verranno arrestati?

Parte terza Amnistie

All have not offended.
For those that were, it is not square to take
On those that are, revenge: crimes, like lands,
Are not inherited.

Shakespeare, *Timon of Athens*

6. Imperativi dell'oblio

L'alternativa alla vendetta, e a quella forma istituzionalizzata e legalizzata di vendetta richiesta dalla vittima ma amministrata dalla comunità, che è il processo, la storia ce la fa conoscere nella forma dell'amnistia. L'amnistia può essere intesa anche come l'altra faccia della giustizia politica. Dove la soluzione giudiziaria del passato rischia di produrre solo processi politici, quindi la perversione del diritto, pare opportuno rinunciarvi e ricorrere allo strumento dell'amnistia. Non per questo l'amnistia è però garanzia di giustizia. È piuttosto la dichiarazione d'impotenza del diritto a risolvere i grandi conflitti sociali e politici dando risposta alla domanda di giustizia che viene dalle vittime. L'amnistia è l'atto politico con cui viene imposto un reciproco oblio dei torti patiti eludendo il problema della responsabilità.

Con l'amnistia entriamo in quell'ambito della politica del passato che opera attraverso la *damnatio memoriae*, un tema ben noto al mondo antico. La *damnatio memoriae* era apparentemente in contrasto con la mentalità giuridica greca, dominata dall'idea della ritorsione del torto, dell'espiazione e del contrappasso.¹ Un'etica dell'onore, quale è quella del mondo omerico, ma, ridimensionato l'esclusivismo oligarchico, anche quella civico-agonale dell'età classica, non poteva essere spontaneamente orientata alla rimozione dei torti subiti e alla cancellazione dei più dolorosi trascorsi.² L'intensità e la frequenza del conflitto interno suggeriva però prudenzialmente l'adozione di misure che alleggerissero l'insostenibile peso del passato. Anche l'amnistia faceva parte di quel processo di civilizzazione in cui si compiva la metamorfosi delle Erinni in Eumenidi.

In materia di amnistia tutte le analisi prendono le mosse dal primo noto episodio storico, conosciuto grazie a un modesto numero di fonti (che non usano peraltro ancora, per designarla, il termine più tardo di *amnestia*), che è l'amnistia di Trasibulo, con la quale si chiude la Guerra del Peloponneso e la democrazia viene restaurata, con una certa moderazione, in Atene – un episodio su cui anche l'autore della

Costituzione degli Ateniesi si sofferma in un celebre passo.³

L'amnistia del 403-402 a.C. non è nel mondo greco né la prima né tantomeno la sola, distinguendosi però dalle posteriori amnistie d'età ellenistica e dalle amnistie moderne, di cui più avanti, per non essere un atto d'indulgenza sovrana ma un patto reciproco delle opposte fazioni a non avvalersi dei mezzi concessi dalla legge per perpetuare il loro contenzioso. La scelta dell'amnistia nell'Atene del 403 a.C. è motivata dalle esperienze negative che in anni recenti, soprattutto a partire dalla congiura che nel 411 a.C. aveva abbattuto la democrazia instaurando il regime dei Quattrocento, erano state fatte sia riguardo a modalità violente di resa dei conti (che in particolare avevano fatto seguito alla presa del potere dei Trenta, di cui si è detto) sia riguardo all'uso politico dei processi al fine di eliminare probabili competitori (con la restaurazione della democrazia nel 410 a.C. era proliferato l'attivismo dei sicofanti e si erano intensificati i processi contro esponenti del regime dei Quattrocento).⁴

L'amnistia di Trasibulo si colloca entro un complesso ed eccezionale regime di transizione, praticamente imposto e garantito da una potenza esterna, Sparta. Un regime che configurava in particolare una sorta di doppia statualità, in quanto Eleusi, dove si erano rifugiati, dopo l'occupazione del Pireo da parte dei democratici, gli oligarchi, godeva praticamente dello status di territorio separato: era proibito, per scongiurare scontri e atti di vendetta, ai membri degli opposti schieramenti, che pur godevano dell'appartenenza alla stessa cittadinanza, di mettere piede sul territorio altrui – agli oligarchici erano interdetti gli spazi di Atene, ai democratici l'enclave di Eleusi.⁵ In questo particolare contesto riesce agli ateniesi quanto di norma, nella storia greca, non era riuscito in tanti altri casi: di bloccare la dinamica autodistruttiva della *stasis*, esemplarmente ricostruita da Tucidide in un celebre passo delle *Storie* (III, 69-85, ma anche IV, 46-48). L'operazione “non poggiava su convinzioni morali – i democratici di questa generazione, dopo tanti anni di guerra, non avevano affatto orrore del sangue –, ma sul riconoscimento della realtà politica”.⁶

Qual era il contenuto del patto stipulato tra gli esponenti moderati delle fazioni nemiche? E perché esso ha potuto assumere quel carattere paradigmatico che anche in età moderna ha continuato a essergli riconosciuto? Per rispondere a queste domande è necessario partire

dalla prescrizione che ne condensa il significato, il comando di “non ricordare il male”. Occorre però intendere correttamente questa formula apparentemente generica del giuramento che obbligava le parti – *mnesikakein*. A ben vedere, la volontà di “non ricordare il male”, recriminando sull’irreparabile, non implicava una proibizione generalizzata della memoria, ma più specificamente una proibizione dell’uso politico della memoria come arma contro altri. Essa imponeva la rinuncia ad adire le vie legali per ottenere un risarcimento delle sofferenze patite e la punizione di chi le aveva causate.⁷ Solo in questo modo era possibile pacificare gli esiliati e i perseguitati con i persecutori e i sostenitori di un regime tirannico, trasformandoli da fazioni nemiche in cittadinanza concorde.

A quali condizioni era stata pattuita l’amnistia? Dalla possibilità di beneficiarne erano esclusi gli oligarchi (i Trenta, i Dieci eletti dopo la cacciata dei Trenta, gli Undici, i Dieci del Pireo) e gli esecutori (ma non i mandanti) di omicidio o di tentato omicidio. Le docimasie, cioè i giudizi che dovevano accertare se i cittadini candidati a cariche pubbliche possedessero i requisiti di legge per l’esercizio della carica, offrivano la possibilità di aggirare il dispositivo dell’amnistia. “Quanto poco l’amnistia fosse risultato di umanitarismo, perdono, oblio o di una svolta interna verso il pacifismo lo mostra un dettaglio del processo di riunificazione: col pretesto di trattative i capi oligarchici di Eleusi, che facevano parte di quei Trenta non inclusi nell’amnistia, furono attirati in una trappola e falciati.”⁸ L’amnistia rese comunque possibile, due anni dopo, la riunificazione con Eleusi.

L’amnistia fu senza dubbio argomento controverso della politica ateniese alle soglie del IV secolo: il passato non era destinato a scomparire facilmente dalla memoria, pubblica e privata. Una trattazione critica rispetto alle posizioni più moderate del partito democratico la troviamo notoriamente in Lisia, che escludeva la fruizione dell’amnistia da parte di coloro che non erano direttamente imputabili di omicidio ma che ne erano comunque responsabili, avendo operato arresti, delazioni, spoliazioni o altre forme di persecuzione, come risulta dalle orazioni XII *Contro Eratostene* (uno degli oligarchi) e XIII *Contro Agorato* (autore di una denuncia e quindi omicida indiretto) e dalle orazioni XXV e XXVI.⁹ Lisia argomenta che le clausole dell’amnistia vanno interpretate, in quanto comunque si deve

distinguere tra coloro che si erano apertamente compromessi con il regime e coloro che invece si erano astenuti da qualsiasi forma di collaborazionismo. La diffidenza era in ogni caso legittima nei confronti dei sostenitori dei Trenta, “gente che considerava cosa da nulla far uccidere delle persone, ma riteneva importantissimo arricchirsi” (XII, 7).¹⁰

Nel complesso comunque l’*amnistia* funzionò, garantendo relativa stabilità alla democrazia ateniese fino all’avvento dei macedoni: in particolare rese possibile, due anni dopo, la riunificazione con Eleusi.¹¹ Le fonti sul mondo greco testimoniano tra il 422 e il 180 a.C. di nove provvedimenti di *amnistia* inclusi in trattati di pace, in riferimento ai quali di solito è preferita la formula *me mnesikakein* all’espressione *amnestia*, che significa semplicemente “oblio”. Più diretta è in alcune fonti l’espressione *adeia*, che significa assenza di paura/impunità, e nel trattato di pace tra Mileto e Magnesia (196 a.C.) ai comandanti militari viene in effetti garantita *adeia kai amnestia*, cioè piena impunità per le azioni compiute durante la guerra.¹² Fin da questo scenario antico è affermato il nesso tra la responsabilità politica e militare e la domanda d’immunità.

In epoca romana, il concetto emerge in riferimento alla prima grande *stasis* di Roma, cioè a quel conflitto tra patrizi e plebei che porta alla secessione e che viene ricomposto con l’istituzione del tribunato della plebe e un patto di *amnistia* tra i due ordini a garanzia di concordia futura.¹³ All’*amnistia* ateniese si richiama Cicerone nella prima Filippica, riandando a una drammatica seduta del Senato seguita alle idi di marzo del 44 a.C. In tale occasione, utilizzando il *Græcum verbum*, l’espressione greca (ma le fonti lasciano decidere all’interprete se si trattasse del sostantivo *amnestia* o del costrutto verbale *medena medeni mnesikakesai*), l’oratore additava al turbato consesso la via della pacificazione mediante l’oblio, interpretando il cesaricidio come un atto compiuto all’interno di una guerra civile e quindi passibile di un provvedimento eccezionale quale l’*amnistia*.¹⁴ L’*amnistia* generale del 44 a.C., la cui iniziativa è rivendicata da Cicerone (e Dione, 44, 23-34, gli attribuisce un lungo discorso, appunto con l’appello a “non ricordare il male”), è nota in particolare perché consentì a un numero considerevole di proscritti non solo di aver salva la vita ma anche di reinserirsi nel corpo politico (ben sedici vecchi proscritti avrebbero

esercitato il consolato sotto Augusto).¹⁵ Dalle amnistie di Tiberio e Caligola, e da quella di Claudio, in favore degli uccisori di Caligola (nel 41 d.C.), fino all'amnistia di Aureliano, in gran parte delle quali è ben presente l'*exemplum* ateniese, il potere imperiale fece ricorso in modo ricorrente alla decretazione dell'oblio per temperare i suoi tratti dispotici.

La prassi si sarebbe progressivamente consolidata nella tradizione giuridica occidentale assumendo a modello le clausole d'amnistia dei trattati di pace internazionali, con i loro ambiti di specificazione: *abolitio, oblitio, remissio*.¹⁶ Per il basso Medioevo sono poche le fonti, ma tra il 1150 e il 1500, nei trattati di pace, più o meno dettagliate amnistie sono la regola. La *Magna Charta Libertatum* del 1215 contiene all'articolo 62 un'esplicita clausola di amnistia. Con la colonizzazione del diritto romano a opera del cristianesimo il linguaggio teologico prende il sopravvento: *remissio, absolutio, gratia, condonare, perdonare* diventano espressioni ricorrenti anche in ambito giuridico.¹⁷ In età moderna ha poi luogo la secolarizzazione del concetto. Con la Guerra dei trent'anni l'espressione amnistia, che già era usata per atti di perdono interni, entra stabilmente nel lessico del diritto internazionale: l'articolo 2 della pace di Vestfalia proclama una *perpetua oblitio et amnestia*. Nei maggiori trattati di pace del XVII e XVIII secolo (Münster e Osnabrück 1648, Rijswijk 1697, Utrecht 1713, Stockholm 1720) essa sarebbe così diventata prassi corrente, al fine di minimizzare i rischi di rappresaglia.¹⁸ Nella *Metafisica dei costumi* (§ 58), trattando dello *jus post bellum*, Kant non mancava di osservare come scaturisse “dal concetto di un trattato di pace che l'*amnistia* deve esservi compresa”.

La storia moderna delle amnistie interne è scandita poi da tre atti politici di oblio imposto, che corrispondono a tre passaggi decisivi nella vicenda della formazione dello stato nazionale, vale a dire alle guerre civili (confessionali francesi) e rivoluzionarie (inglese e francese): l'amnistia francese del 1594, con la quale Enrico IV poneva fine alla stagione più sanguinosa delle guerre di religione (anche se dei loro strascichi il sovrano cadrà ancora vittima nel 1610, a riprova dei limiti cui la pacificazione dell'amnistia andava incontro; ma pochi anni più tardi, nello stesso spirito, sarà promulgato da Luigi XIII l'editto sulla libertà di religione); quella inglese del 1660 (l'*Act of Free and General*

Pardon, Indemnity and Oblivion, che amnistiava tutte le azioni violente e illegali compiute tra il 1637 e il 1660 non solo contro la monarchia, a eccezione del regicidio); e i provvedimenti francesi del 1814-1815, improntati a uno spirito di moderazione.

Tutti questi provvedimenti d'amnistia riproducono lo schema classico: un atto generale di clemenza, con l'individuazione di un ristretto nucleo di responsabili esclusi dalla protezione accordata alla generalità. Così l'amnistia reale del marzo 1594 escludeva i famigerati "Sedici" (i capi della Lega nei sedici distretti parigini) e una lista di cento istigatori, predicatori, fanatici e assassini, che non vennero tradotti in giudizio ma esiliati.¹⁹ Un documento fondamentale per la storia dell'amnistia nell'età delle guerre civili confessionali è poi l'editto sulla libertà di religione (1616). In esso vengono specificati gli atti che rientrano nell'amnistia, dalla quale sono esclusi i delitti comuni.²⁰

Anche l'amnistia inglese dell'aprile 1660, con la quale Carlo II assicurava anche il riconoscimento dei cambiamenti di proprietà avvenuti nel periodo repubblicano, non era un provvedimento generalizzato di perdono ma si accompagnava a un'epurazione dei vertici. L'*Oblivion Act* escludeva dall'amnistia i regicidi, cioè coloro che avevano sottoscritto la sentenza di morte di Carlo I o avevano partecipato alla sua esecuzione, unitamente ad alcuni fra i più odiati sostenitori del protettorato repubblicano, i quali furono decapitati senza processo nella Torre di Londra. L'articolo 24 della legge, sul modello ateniese, minacciava severe ammende a chi, nei tre anni successivi, avesse intrapreso azioni penali "tending to revive the memory of the late differences".

Anche l'articolo 11 della *Charte constitutionnelle* promulgata in Francia da Luigi XVIII nel 1814 proibiva "indagini sulle opinioni e i voti espressi prima della Restaurazione" e imponeva l'oblio "tanto alle corti quanto ai cittadini". Ma anche in questo caso dall'amnistia votata nell'estate 1815 risultarono esclusi tutti gli alti ufficiali che si erano schierati con Napoleone nei Cento giorni e i regicidi del 1793, il che fra l'altro avrebbe impedito a Fouché, uno dei 361 deputati della Convenzione che allora avevano votato a favore dell'esecuzione di Luigi XVI, di restare ancora ministro degli Interni (come era avvenuto nel 1814). Non andrebbe d'altro canto dimenticato che il primo

tentativo di chiudere il contenzioso della rivoluzione con un'amnistia era già stato compiuto proprio da Napoleone con il *Sénatus-Consulte* del 26 aprile 1802. In riferimento ai fatti della Vandea, Bonaparte aveva agito, si è detto, come "le premier agent de la mémoire nationale". Assumendo il potere nel 1799, una delle sue prime preoccupazioni era stata di ristabilire la pace nella Vandea. Napoleone avrebbe poi avviato una politica di aiuti e ricostruzione in quella regione, che i re, sia pure ufficialmente riaffermando il principio "le roi ne sait rien, le roi a tout oublié", avrebbero proseguito.²¹

L'assolutizzazione della politica (nei processi rivoluzionari) e della guerra (con le guerre totali) ha però prodotto in età moderna condizioni sfavorevoli all'adozione di amnistie. Le rivoluzioni incitano alla resa dei conti e le guerre totali favoriscono le paci "cartaginesi". Anche la democratizzazione dei regimi liberali ne avrebbe eroso il sostrato di legittimità. La democrazia di per sé non inclina verso l'oblio della ragion di stato.²² Vuole pubblicità, non segreto. In questo contesto si può registrare anche un'interessante mutazione semantica. Per definizione, l'amnistia è politica dell'oblio. Ma trattazioni che guardano all'amnistia non tanto all'interno di una millenaria tradizione quanto in riferimento all'uso che, di recente, ne è stato fatto come dispositivo di una giustizia di transizione che trae la sua legittimazione non dall'oblio ma dalla ricerca della verità (portata avanti dalle Commissioni verità e riconciliazione), la connettono alla politica della memoria, all'atto del ricordare.²³

Pur nell'estrema eterogeneità delle situazioni storiche in cui questa soluzione si è data, possono essere individuati alcuni caratteri ricorrenti del ricorso all'amnistia. In primo luogo, va rilevato che nella scelta dell'amnistia considerazioni politiche di opportunità e di prudenza (ragion di stato) prevalgono sulle motivazioni propriamente giuridiche o sulla domanda di giustizia per le vittime. In secondo luogo, l'amnistia come mezzo per la neutralizzazione del conflitto interno è spesso imposta o fortemente raccomandata da un attore esterno (il vincitore di una guerra o una potenza imperiale). In terzo luogo, quando non si tratti di una decisione presa sotto tutela, l'amnistia è prevalentemente l'atto politico di un vincitore debole, che intende così consolidare la sua posizione preminente, mettendola al riparo dal riesplodere della conflittualità. L'amnistia, infine, è sempre l'atto

politico di un vincitore moralmente compromesso, che ha un evidente interesse a cancellare la memoria anche dei suoi crimini.²⁴

Fra i vantaggi dell'amnistia vanno annoverati il raffreddamento del contenzioso giudiziario, l'interruzione della catena delle vendette, il bilanciamento delle colpe (nel caso delle guerre civili) e il mantenimento della funzionalità del sistema (che un'epurazione radicale, come si è visto, rischierebbe di compromettere).²⁵ Ma essa presenta anche pesanti aspetti negativi, in quanto viola il "principio-giustizia", calpestando la domanda di giustizia delle vittime (quando relativamente chiara sia la distinzione tra vittime e carnefici), cancellando indiscriminatamente le colpe e persino la memoria del crimine; finisce qualche volta per confliggere anche con il "principio-realtà", dal momento che odi, rancori, risentimenti non si lasciano spegnere dal "comando di dimenticare". L'amnistia può avere senso solo come misura temporanea, per rendere possibile la ripresa di normali relazioni sociali in una situazione nella quale comunque un grande programma di elaborazione giudiziaria del passato appaia del tutto irrealistico. Ma per risultare accettabile in un processo di transizione alla democrazia deve aprire e non sbarrare la strada ad altre modalità di politica del passato, quali i procedimenti giudiziari per i maggiori responsabili, le Commissioni verità e i risarcimenti delle vittime.

NOTE

¹ Sul tema il contributo classico di H. Kelsen, *Società e natura. Un'indagine sociologica*, Bollati Boringhieri, Torino 1992. Cfr. D.S. Allen, *The World of Prometheus*, cit.; D.D. Phillips, *Avengers of Blood*, cit.; H.I. Flower, *The Art of Forgetting. Disgrace and Oblivion in Roman Political Culture*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill 2006.

² C. Brüggengbrock, *Die Ehre in den Zeiten der Demokratie: das Verhältnis von athenischer Polis und Ehre in klassischer Zeit*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 2006.

³ Aristotele, *Costituzione degli Ateniesi*, cit., capp. XXXV sgg. Sull'amnistia ateniese in particolare T.C. Loening, *The Reconciliation Agreement of 403/2 in Athens. Its Content and Application*, Steiner, Stuttgart 1987; B. Strauss, *Athens after the Peloponnesian War. Class, Faction and Policy 403-386 BC*, Croom Helm, London 1986, pp. 89-120; N. Loraux, *La cité divisée. L'oubli dans la mémoire d'Athènes*, Payot, Paris 1997; W. Nippel, *Bürgerkrieg und Amnestie: Athen 411-403*, in G. Smith, A. Margalit (a cura di), *Amnestie oder Die Politik der Erinnerung in der Demokratie*, cit., pp. 103-119; A. Wolpert, *Remembering Defeat. Civil War and Civic Memory in Ancient Athens*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore 2002; Ch. Meier, *Das Gebot zu vergessen und die Unabweisbarkeit des Erinnerns. Vom öffentlichen Umgang mit schlimmer Vergangenheit*, Siedler, München 2010, pp. 15-40; V. Wohl, *Law's Cosmos. Juridical Discourse in Athenian Forensic Oratory*, Cambridge University Press, Cambridge 2010, pp. 201-242; M. Sordi, *La fortuna dell'amnistia del 403/2 a.C.*, in Id. (a cura di), *Amnistia perdono e vendetta nel mondo antico*, cit., pp. 79-90.

⁴ B. Strauss, *Athens after the Peloponnesian War*, cit.

⁵ Sui termini del trattato che regolava i rapporti tra Atene e Sparta e tra Atene ed Eleusi cfr. H. Bengtson (a cura di), *Die Verträge der griechisch-römischen Welt von 700 bis 338 v. Chr.*, in: *Die Staatsverträge des Altertums*, Beck, München 1975, pp. 153-159.

⁶ H. Quaritsch, *Amnestie politiche*, in Id., *Giustizia politica*, cit., p.

68. Analoghe considerazioni in E. Medda, *Introduzione a Lisia, Orazioni XVI-XXXIV*, Rizzoli, Milano 1995, pp. 25-27.

⁷ La formula è attestata in Senofonte (*Hell.* II, 4, 43) e in Aristotele (*Ath. Pol.* XXXIX, 6). Cfr. Diod. XIV, 33, 6. Su come realisticamente debbano essere letti i passi aristotelici sull'amnistia, A. Wolpert, *Remembering Defeat*, cit., pp. 49-51.

⁸ H. Quaritsch, *Amnistie politiche*, cit., p. 69.

⁹ Cfr. C. Bearzot, *Lisia e la tradizione di Teramene. Commento storico alle orazioni XII e XIII del corpus lysiacum*, Vita e Pensiero, Milano 1997; Id., *Lisia e l'amnistia: l'orazione XXV e il suo sfondo politico*, in M. Sordi (a cura di), *Amnistia perdono e vendetta nel mondo antico*, cit., pp. 59-77; C. Bearzot, *Criteri alternativi di applicazione dell'amnistia in Lisia*, in M. Sordi (a cura di), *Responsabilità perdono e vendetta*, cit., pp. 111-144.

¹⁰ Lisia, *Sulla dokimasia di Evandro* (orazione XXVI), 16-20. Cfr. C. Bearzot, *Criteri alternativi di applicazione dell'amnistia in Lisia*, cit., p. 120.

¹¹ Per la storia dell'amnistia (almeno in ambito internazionalistico) il libro fondamentale resta quello di J. Fisch, *Krieg und Frieden im Friedensvertrag. Eine universalgeschichtliche Studie über Grundlagen und Formelemente des Friedensschlusses*, Klett-Cotta, Stuttgart 1979, pp. 61-62. A. Wolpert, *Remembering Defeat*, cit., p. 137: "The fact that Athens did not suffer from further oligarchic revolution until the Macedonian conquest provides perhaps the greatest proof of the success of the reconciliation".

¹² J. Fisch, *Krieg und Frieden im Friedensvertrag*, cit., p. 62.

¹³ Cfr. M. Raimondi, *L'amnestia tra patrizi e plebei nelle "Antichità Romane" di Dionigi di Alicarnasso*, in M. Sordi (a cura di), *Responsabilità perdono e vendetta*, cit., pp. 99-111; V. Maiello, *Clementia e sistema penale. Amnistia e indulto dall'indulgentia principis all'idea dello scopo*, Esi, Napoli 2007.

¹⁴ L. Canfora, *Cicerone e l'amnistia*, in Id., *Studi di storia della storiografia romana*, Edipuglia, Bari 1993, p. 309: "Il capolavoro politico di Cicerone era stato – in quella memorabile seduta – l'equiparazione, su di un piano di pari illegalità, del governo di Cesare e dell'uccisione di Cesare: l'equiparazione tra governo di Cesare e governo dei deplorevoli Trenta tiranni di Atene da un lato, tra cesaricidi

e Trasibulo ‘liberatore’ dall’altro”.

¹⁵ F. Hinard, *Les proscriptions*, cit., p. 320.

¹⁶ Il tema è ampiamente trattato in J. Fisch, *Krieg und Frieden im Friedensvertrag*, cit.

¹⁷ Ivi, pp. 78-79. O. Höffe, *Globalizzazione e diritto penale*, Edizioni di Comunità, Torino 2001, p. 5: “Sotto l’influenza del cristianesimo il diritto internazionale – in questo caso il diritto che trovava espressione nei trattati di pace – si dichiarò [...] per l’amnistia reciproca”.

¹⁸ Cfr. K.-M. König, *Die völkerrechtliche Legitimation der Strafgewalt internationaler Strafjustiz*, Nomos, Baden-Baden 2003, p. 49. Per i trattati in questione cfr. F.L. Israel (a cura di), *Major Peace Treaties of Modern History, 1648-1967*, I, Chelsea House, New York 1967.

¹⁹ H. Quaritsch, *Amnistie politiche*, cit., pp. 70-71. Quaritsch mette opportunamente in luce come la pacificazione della Francia nel 1594 fu in larga misura ottenuta “comprando” lo scioglimento della Lega, e cioè premiando con ingenti somme di denaro, beni e cariche di ogni tipo i “disertori” della Lega.

²⁰ J. Fisch, *Krieg und Frieden im Friedensvertrag*, cit., pp. 96-97; H. Quaritsch, *Amnistie politiche*, cit., pp. 73-74.

²¹ R. Secher, *La guerre de Vendée, guerre civile, génocide, mémoricide*, cit., p. 243.

²² H. Quaritsch, *Giustizia politica*, cit., p. 96: “Le clausole di amnistia hanno avuto la loro epoca d’oro nel quadro di rapporti predemocratici”.

²³ E infatti *Amnestie oder die Politik der Erinnerung in der Demokratie* s’intitola il volume a cura di G. Smith e A. Margalit (Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1997): si veda in particolare il contributo di G. Smith, *Ein normatives Niemandsland? Zwischen Gerechtigkeit und Versöhnungspolitik in jungen Demokratien*, pp. 11-20.

²⁴ Non più di questo, in termini generali, si può probabilmente sostenere. Anche in riferimento a un quadro storico più circoscritto M. Flores (a cura di), *Verità senza vendetta. L’esperienza della Commissione sudafricana per la verità e la riconciliazione*, manifestolibri, Roma 1999, pp. 31-32, mette in guardia dai pericoli delle generalizzazioni che forzano il dato storico: “L’amnistia è troppo

legata ai rapporti di forza, al momento politico, alle capacità di ricatto e di minaccia dei corpi militari, oltre che alla mobilitazione popolare e alla coscienza collettiva su questo tema, per trovare dei modelli tipici di riferimento”.

²⁵ A. Cassese, *Clemency versus Retribution in Post-Conflict Situations*, cit., p. 5: “What are the merits of amnesties? First, by stopping trials against the presumed culprits amnesties prevent hatred and grief from invading courtrooms. Second, amnesties impede the decapitation of the whole political and administrative apparatus of the state when the conflict has resulted from an international or civil war against a dictatorship. Third, amnesties, if they benefit all the parties that had previously fought one another to the bitter end, have the meritorious effect of equalizing guilt and responsibility and thereby introduce some sort of general appeasement”.

7. Diritto e impunità

Per quanto si sia sostenuto con buone ragioni, ma anche con una certa esagerazione, che con il XX secolo si è affermata la tendenza alla criminalizzazione del nemico (e quindi a concludere, o piuttosto a continuare, le guerre con processi), le amnistie hanno svolto un ruolo importante anche nella storia recente. Tra la semplice rimozione o la congiura del silenzio, da un lato, e la persecuzione giudiziaria di un numero sempre maggiore di responsabili di crimini politici, dall'altro, esse hanno significativamente improntato le politiche del passato anche in età contemporanea. Alimentata dapprima dai nostalgici delle dittature, ha ripreso in anni recenti a godere credito la tesi schmittiana, secondo cui con i procedimenti giudiziari del dopoguerra in Germania e in altri paesi europei si sia resa impossibile la via dell'amnistia e si sia invece aperta la strada a una "guerra civile fredda".¹ Prendendo le mosse dalle tesi schmittiane sulla giustizializzazione della politica, anche Helmut Quaritsch ha riproposto, con qualche stemperamento, tale diagnosi sulle ragioni del declino dell'amnistia. Essa tuttavia è nella sostanza fuorviante, perché disconosce il peso che ebbero le amnistie nel dopoguerra europeo, inclusa proprio la Repubblica federale tedesca sotto Adenauer o la Spagna postfranchista.²

Dopo l'esperienza traumatica e, come si è visto, per certi versi fallimentare, della denazificazione operata dalle potenze occupanti, si affermò in Germania il desiderio di normalizzazione, che trovava elaborazione ideologica nella tesi che al periodo di legittima *resa dei conti* con i grandi criminali tedeschi dovesse far seguito una *chiusura dei conti* con il passato, per scongiurare l'eventualità che la nascente democrazia venisse travolta dall'insorgere di una guerra civile fredda. Elementi tra loro concatenati, perché solo la scelta di chiudere i conti con il passato consentiva l'avvio di una politica di reintegrazione che non andasse troppo per il sottile (prendendo ormai le distanze dalle tipologie imposte con la denazificazione) e di una politica di esclusione dalla vita democratica di quei soggetti che si rifiutassero di considerare

conclusa la guerra civile ideologica che aveva portato la Germania alla catastrofe. L'emigrazione nel frattempo aveva già provveduto di asili, ove essere praticamente certi dell'impunità, un gran numero di criminali nazisti.³

A fronte delle nuove minacce della Guerra fredda, americani e britannici non tardano ad adottare, già all'inizio del 1947, una politica di clemenza. La svolta decisiva arriva nell'autunno del 1949, anche in relazione alle pressioni del nuovo governo tedesco. Già dalla fine del 1945 i tribunali tedeschi erano stati autorizzati dagli Alleati a processare connazionali per crimini contro tedeschi e apolidi; dal 1950 l'autorizzazione si estende a tutti i crimini nazisti, anche a quelli commessi contro gli Alleati, dando libero corso alle scarcerazioni.⁴ In questi anni maturano anche nell'opinione pubblica le giustificazioni della rimozione, in particolare la tesi della sua necessità per la trasformazione dei camerati nazisti in cittadini democratici.⁵ La pressione congiunta di questa opinione pubblica e di una corporazione giudiziaria caratterizzata da forte continuità personale con il passato nazista, e sostanzialmente passata indenne attraverso il processo di denazificazione, porta così rapidamente alla richiesta di reintegrazione delle "vittime" della denazificazione.

Caratteristica precipua di questa fase è lo smantellamento dei dispositivi punitivi della denazificazione. Il governo tedesco non riconosce la validità dei verdetti alleati, per cui nei documenti ufficiali si continua a parlare non di criminali di guerra ma di *Kriegsverurteilten* (condannati per crimini di guerra), di *sog. Kriegsverbrechern* (cosiddetti criminali di guerra) o addirittura di *politische Gefangene* (prigionieri politici). Le negoziazioni tra tedeschi e Alleati sulla politica del passato dei primi anni cinquanta hanno come oggetto principale proprio la revisione delle sentenze dei processi Alleati sui criminali di guerra.⁶ Con la recuperata sovranità, i tribunali tedeschi, nelle zone d'occupazione occidentali, si rifiutano di applicare il diritto degli Alleati e si richiamano in maniera sempre più esplicita alla tradizione giuridica nazionale.⁷ Le indagini giudiziarie sui crimini nazisti vengono praticamente accantonate per dar corso all'amnistia *de facto* della prescrizione dei reati: a ragione si è parlato per questa fase di "amnistia fredda".⁸

La politica dei primi cinque anni di vita della repubblica,

caratterizzata da alto consenso di tutte le forze politiche, una certa sommarietà delle misure adottate e tempi accelerati della loro attuazione, può così essere simbolicamente incorniciata da due amnistie. La prima, del 31 dicembre 1949, a fatica dissimula i caratteri di una manovra fraudolenta: dichiarando di mirare a una normativa che consentisse di amnistiare reati prevalentemente di carattere economico commessi nella situazione di tracollo di legalità dell'immediato dopoguerra (mercato nero), reati per i quali erano previste pene di sei mesi (e per i quali già si erano dati a livello dei Länder provvedimenti di amnistia), si giungeva in realtà ad amnistiare tutti quei fiancheggiatori e *Minderbelastete* che nel dopoguerra avevano falsificato la loro identità o si erano dati alla macchia per sfuggire alle procedure di denazificazione (i cosiddetti *Untergetauchten*), nonché una folta schiera di individui implicati in crimini contro l'umanità. Di questa legge avrebbero beneficiato, al 31 gennaio 1951, ben 792.176 persone (e fra queste, anche in termini di sospensione delle indagini, decine di migliaia di responsabili di crimini negli anni della dittatura nazista); mentre va detto che il fine di regolarizzare gli illegali non sarebbe stato raggiunto (solo 241 si sarebbero avvalsi della norma per uscire dall'illegalità), in quanto la maggior parte sapeva che non avrebbe potuto beneficiare dell'amnistia in relazione alla gravità dei crimini commessi. L'atto aveva però una valenza politico-simbolica molto forte, perché apriva la stagione della rimozione e dell'assoluzione del passato; a essa avrebbe fatto seguito il progressivo smantellamento dei risultati del processo di denazificazione, con la riabilitazione della burocrazia e dell'esercito e con la legge d'amnistia del 17 luglio 1954, che condonava reati commessi tra il 1° ottobre 1944 e il 31 luglio 1945 e punibili fino a tre anni.⁹

Per comprendere come la maggior parte dei colpevoli sia stata risparmiata dalla giustizia tedesca occorre analizzare più da vicino il dispositivo della politica d'amnistia. Riconosciute le responsabilità della corporazione giudiziaria, va detto che anche il legislatore non può essere scagionato dalle sue, avendo fornito risposte precise e tecnicamente raffinate alla domanda che saliva da una popolazione ormai dominata dalla mentalità del colpo di spugna. Una prima spiegazione si trova nell'articolo 3, comma 3, del cosiddetto *Überleitungsvertrag* del 5 maggio 1955, un articolo che gli Alleati

avevano voluto per scongiurare la possibilità che, nel momento in cui la Brd tornava in possesso della sua sovranità, i tribunali tedeschi potessero procedere a un'amnistia generale: esso prevedeva che dalla competenza dei tribunali tedeschi fossero esclusi quegli atti su cui si fossero già pronunciate le competenti autorità occupanti negli anni 1945-1949. Grazie a una capziosa interpretazione di questa norma, alla cui formulazione avevano peraltro contribuito giuristi ministeriali del governo federale, era dichiarato inammissibile qualsiasi procedimento avente per oggetto fatti che, in qualunque modo, fossero già stati oggetto di procedimenti giudiziari da parte degli Alleati: se ne sarebbero avvantaggiati tutti quei funzionari del regime che nei primi anni della denazificazione erano stati prosciolti per assenza di prove. Il combinato disposto di tale norma e dell'articolo 16, comma 2, del *Grundgesetz* (GG), che impediva l'estradizione, poneva in sicurezza quei funzionari del regime che si erano macchiati di crimini durante l'occupazione della Francia e che erano poi stati condannati in contumacia da tribunali francesi. Quando con un accordo aggiuntivo stipulato nel febbraio 1971 il governo francese ottenne di poter aggirare questo ostacolo, la burocrazia ministeriale tedesca si attivò per ritardarne l'approvazione al Bundestag: e in effetti la legge di ratifica entrò in vigore solo il 15 maggio 1975, quando per la maggior parte degli imputati era ormai subentrata l'impossibilità a comparire.

L'articolo 16, comma 2, del GG può essere interpretato come una misura politica per sottrarre imputati tedeschi all'estradizione in paesi vincitori del conflitto. Appellandosi al divieto di retroattività sancito dall'articolo 103 del GG, il Bundestag aveva del resto a suo tempo negato l'approvazione al comma 2 dell'articolo 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che escludeva dal beneficio dell'immunità quegli atti che risultassero punibili in base a principi giuridici condivisi dai popoli civili. Un'altra via per rendere impervia la strada dei processi ai criminali nazisti riguardò notoriamente le norme sulla prescrizione dell'omicidio: già nel 1953 il Parlamento federale aveva ripristinato (cassando, non per ragioni morali ma per opportunità, la norma introdotta nel 1943) la durata di vent'anni prevista per le prescrizioni dal Codice penale del Secondo Reich; nel 1960 aveva poi permesso che andassero in prescrizione tutti i *Totschlagsdelikte* commessi tra il 1933 e il 1945, nel 1968 aveva consentito in modo

piuttosto fraudolento che si riducesse a quindici anni la prescrizione per *Mordgehilfen*, concorso in omicidio, rendendo impossibile ai tribunali procedere nella quasi totalità dei casi (coloro che potevano essere qualificati *Täter* erano già stati processati a Norimberga) e prevenendo in questo modo efficacemente ogni estensione del tempo di prescrizione.¹⁰

Anche laddove non hanno operato norme amnistiali, l'impunità per i crimini nazisti è stata spesso garantita, ai quattro angoli del globo, da considerazioni di opportunità. L'emigrazione verso l'America latina, il Canada, l'Australia di molti individui compromessi nei confronti del regime è ben nota. Suscitò però particolarmente scalpore alla fine degli anni ottanta la denuncia del Centro Wiesenthal relativa ai criminali nazisti (in gran numero baltici e ucraini) che nel dopoguerra avevano trovato ricetto in Gran Bretagna – una denuncia che trovò sostanziale conferma nell'*Hetherington-Chalmers Report* del 1989, con cui una Commissione d'inchiesta parlamentare ricostruiva la vicenda dell'approdo di circa 10.000 SS grazie allo European Voluntary Worker Programm con cui il governo laburista inglese aveva reclutato manodopera dell'Est per il rilancio dell'economia.¹¹

Diversa rispetto allo scenario tedesco è la vicenda italiana, dove l'eredità, sotto il profilo criminale assai meno pesante, della dittatura fascista e il lascito politicamente esplosivo di una situazione di guerra civile fecero maturare rapidamente la domanda di amnistia (anche se non altrettanto rapidamente una cultura della riconciliazione). Non è un caso, del resto, che soltanto in anni recenti la letteratura storiografica nazionale, debitamente pungolata da fondamentali contributi tedeschi, abbia iniziato a scandagliare il problema del perché il capitolo dei crimini di guerra del nostro paese non sia mai stato seriamente affrontato e abbia ricostruito la vicenda della mancata Norimberga italiana nelle sue motivazioni interne e internazionali.¹² Anche la guerra civile italiana terminò con provvedimenti di amnistia; anzi la stessa amnistia legata al nome di Palmiro Togliatti giunse prima che gli ultimi strascichi della resa dei conti partigiana venissero soffocati dal ritorno alla normalità democratica.¹³

Per quanto riguarda la Francia, la svolta fu segnata dalla legge del 6 agosto 1953, che abrogava la norma sull'ineleggibilità dei deputati e senatori che a Vichy avevano votato per il nuovo regime: in

conseguenza di questa amnistia la società francese ha preservato per decenni il tabù del destino di 330.000 ebrei. Va ricordato peraltro che tale legge fu rapidamente votata dall'Assemblea nazionale con ampia maggioranza (319 voti contro 211), dopo che il processo di Bordeaux sui crimini di Oradour si era concluso non solo con la condanna di alcuni imputati tedeschi ma anche con quella di 14 imputati francesi, inclusa una condanna a morte. Si trattava di porre rimedio a un conflitto che lacerava la società francese e rischiava di avere incalcolabili conseguenze politiche, quali la nascita del Mouvement populaire alsacien lasciava presagire.¹⁴

Anche la transizione alla democrazia della Spagna postfranchista è contrassegnata da una legge di amnistia (del 1977) adottata in nome della riconciliazione nazionale. Intimidito dal tentativo di putsch del 1981, anche il Partito socialista spagnolo (Psoe) rinunciò nella sua lunga stagione di governo (1982-1996) a porre l'elaborazione del passato franchista sull'agenda del governo. Solo il ritorno al potere nel 2004 di uno Psoe rinnovato e impegnato sul fronte della politica della memoria, e l'anno 2006, proclamato "Año de la memoria histórica", hanno creato le condizioni per una svolta nella politica della memoria.¹⁵ Nel 2008 il giudice istruttore presso l'Audiencia nacional, Baltazár Garzón Real, ha dato avvio alla prima istruttoria spagnola sulla guerra civile e sulla dittatura franchista, dichiarando non applicabile la legge di amnistia del 1977; ma la Procura ha fatto appello contro tale decisione con l'argomento che la nozione di crimini contro l'umanità non esisteva ancora all'epoca dei fatti, mentre la legge del 2007 sulla memoria storica offriva il quadro giuridico adeguato per tutelare i diritti delle vittime. Il Comitato per i diritti dell'uomo delle Nazioni unite ha però invitato il governo spagnolo ad abrogare la legge del 1977.¹⁶

Benché non siano mancati gli argomenti per fornire una legittimazione politica alle amnistie che hanno accompagnato le transizioni di quella che Huntington ha definito la terza ondata della democratizzazione, l'amnistia resta uno strumento controverso di pacificazione. Quando, in presenza non di sporadici casi ma di una criminalità politica sistemica, la giurisdizione militare si rivela uno strumento insufficiente a garantire un'impunità generalizzata, il potere esecutivo e il potere legislativo introducono garanzie d'impunità universali, emanando decreti e leggi d'amnistia. Per quanto i suoi

fautori abbiano sempre presentato l'amnistia come un atto di prudenza e di moderazione politica, essa è stata spesso strumentalizzata come garanzia d'impunità. E per quanto leggi di amnistia non siano state condannate dalla comunità internazionale e abbiano persino trovato il sostegno delle Nazioni unite,¹⁷ sulla base dell'argomento della loro indispensabilità per ristabilire la pace e promuovere il consolidamento di un regime democratico, non sempre esse si sono mostrate in grado di contribuire al raggiungimento di questi scopi. In tutti i casi però esse hanno calpestato le aspettative delle vittime. Anche su questo non è difficile raccogliere esempi dalla storia più recente di regimi di transizione.

Uno degli aspetti problematici delle transizioni alla democrazia che si sono compiute nel corso degli ultimi decenni nell'America latina riguarda proprio il problema dell'impunità. Le violazioni dei diritti umani (massacri, esecuzioni extralegali, sparizioni, torture) commesse in Colombia, Perù, Bolivia, Cile e Argentina nel corso degli anni settanta e ottanta sono state ormai analizzate in modo dettagliato.¹⁸ Partendo da una classificazione delle diverse forme di impunità proposta da Gabriel Gutiérrez (*impunidad de hecho*, quando l'azione penale non è neppure presa in considerazione, *impunidad investigativa*, quando il non luogo a procedere discende da intenzionali omissioni nelle indagini, *impunidad por congestión*, per sovraccarico o paralisi del sistema giudiziario, *impunidad legal*, sulla base di particolari norme di diritto penale processuale o di leggi speciali, *impunidad delictuosa*, quando sono messi in atto comportamenti intimidatori o coercitivi nei confronti di persone coinvolte – testimoni, congiunti delle vittime), si è mostrato come le ampie prerogative accordate alla giurisdizione militare, da un lato, e l'adozione di provvedimenti politici di amnistia e clemenza, dall'altro, concorrano nel determinare situazioni nelle quali la punizione di gravi lesioni dei diritti umani diventa pressoché impossibile.¹⁹

La distinzione tra impunità *de facto* e impunità *de jure*, parallelamente a quella tra impunità *ex ante* e impunità *ex post*, ha fondamentale rilevanza per comprendere come alla base dell'illegalità diffusa stia la strutturale extraterritorialità giuridica e costituzionale di interi settori dell'apparato dello stato, che rivendicano per sé il diritto all'autoregolamentazione senza controlli democratici e giurisdizionali:

extraterritorialità giuridica che appunto produce una subcultura corporativa di onnipotenza, collusione, omertà e in definitiva impunità. Rispetto a questa dimensione strutturale dell'impunità, provvedimenti di amnistia costituiscono semplicemente la sanzione legale di una licenza di esercitare il terrore. In molti casi, soprattutto quando vi sia continuità istituzionale, lo stato criminale non ha neppure bisogno di fare ricorso a norme di assoluzione o di depenalizzazione generalizzata. È sufficiente il conformismo politico della magistratura giudicante e l'esistenza di un dispositivo di garanzia per i crimini di stato quale offerto dai tribunali militari – che accanto alla funzione di disciplinamento interno esercitano da sempre una funzione di autotutela corporativa nei confronti dei poteri civili.²⁰

Dove siano in gioco crimini contro l'umanità, provvedimenti di amnistia non possono essere applicati in ragione della natura imperativa (*jus cogens*) delle norme internazionali su tali crimini. Nel caso dell'America latina il decreto n. 2191 del 18 aprile 1978 in Cile, che offriva uno scudo alla giunta militare cilena per i crimini commessi tra il 1973 e il 1978, l'argentina *Ley de punto final* del 1986, che estingueva l'azione penale nei confronti di coloro che avevano compiuto reati politici tra il 1976 e il 1983 o ancora la legge peruviana d'amnistia del 1995 sono chiaramente illegali dal punto di vista del diritto internazionale. Ma collide con il diritto internazionale anche la *Ley de obediencia debida*, varata in Argentina nel 1987, che considera non punibili coloro che hanno agito in ottemperanza di un ordine superiore. In base alla *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* del 1984 l'argomento del "Superior Order" non può essere invocato come fattore d'impunità. Come prevedono altre risoluzioni internazionali a partire dalla *Charter of the Nuremberg Tribunal*, esso può essere invocato come circostanza attenuante.

Le amnistie incondizionate, o *blanket amnesties*, hanno perso la loro legittimità.²¹ In Cile, alla fine degli anni novanta, dopo che nel novembre 1998 l'ex dittatore Augusto Pinochet era stato arrestato in una clinica londinese sulla base di un mandato di cattura emesso dalla magistratura spagnola per le violazioni dei diritti umani commesse in Cile contro cittadini cileni durante la dittatura, alcuni giudici cileni cominciarono a fornire un'interpretazione restrittiva della legge di

amnistia.²² In particolare il giudice Juan Guzmán Tapia ipotizzò in riferimento al crimine delle sparizioni forzate, cui ampiamente aveva fatto ricorso la dittatura, il concetto di “sequestro permanente”, in quanto, non essendo stati ritrovati i corpi delle vittime, il crimine si configurava come un *sequestro di persona aggravato in atto*, quindi non concluso entro il termine della legge del 1978. Nel luglio 1999 anche la Corte suprema avrebbe riconosciuto che la legge di amnistia non era applicabile in caso di sparizioni forzate. Nell’agosto 2003 la Camera e il Senato argentino hanno approvato una legge, promulgata dal presidente Kirchner il 3 settembre, con cui venivano abrogate la *Ley de punto final* e la *Ley de obediencia debida*; successivamente, nel 2005, la Corte suprema argentina ha dichiarato l’incostituzionalità delle due leggi, a causa della loro incompatibilità con gli obblighi previsti dalla Convenzione americana sui diritti umani del 1969, oltre che dal Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966.²³

Nel diritto internazionale odierno si sta perciò facendo strada la convinzione che l’obbligo degli stati di indagare e punire i responsabili di crimini internazionali abbia natura cogente, in quanto, ancora una volta, attiene a quelli che devono considerarsi i principi costituzionali dell’ordinamento giuridico internazionale. E poiché ogni atto incompatibile con norme di *jus cogens* deve essere ritenuto nullo, perderebbero di validità anche le leggi di amnistia che inevitabilmente ledono diritti fondamentali attinenti l’integrità fisica e la sopravvivenza (diritto a non subire torture, a non essere fatto schiavo o a non essere vittima di azioni genocidarie). Anche se “il diritto internazionale non prevede un divieto generale di emanare leggi di amnistia, né sul piano convenzionale né su quello consuetudinario, tuttavia, nel caso in cui siano stati commessi crimini internazionali, perlomeno quelli vietati da norme di *jus cogens*, tali leggi potrebbero essere ritenute incompatibili con il diritto internazionale”.²⁴ A nessuno stato dovrebbe venir attribuita la facoltà di cancellare crimini che ledono gravemente i diritti fondamentali e di conseguenza i valori e gli interessi di una comunità internazionale che su di essi si fonda. Qualora questo avvenga, agli stati terzi è attribuito l’obbligo di perseguire, per conto della comunità internazionale, gli autori di quei crimini illegittimamente amnistiati.

Prevale ormai la tesi che le norme sull’immunità per atti *jure imperii* non possano trovare applicazione di fronte all’esigenza del

rispetto di norme di *jus cogens*. Le amnistie violerebbero un principio giuridico fondamentale, il diritto alla giustizia, che a sua volta trova articolazione in una serie di diritti derivati: il diritto alla verità (che implica l'obbligo dello stato a fare indagini), il diritto alla protezione giuridica, il diritto a un risarcimento e il diritto a un giusto processo.²⁵ È il caso, particolarmente eclatante tra i non pochi di questa stagione di politiche del passato, dell'amnistia nell'articolo 9 dell'accordo di pace di Lomé, concernente la guerra civile in Sierra Leone, rifiutato dalla comunità internazionale. Ma è il caso anche della Cambogia, dove il primo ministro Hun Sen, all'atto di amnistiare nel dicembre 1999 alcuni alti esponenti dei khmer rossi (fra cui il "fratello numero 2", Nuon Chea), invitava il popolo a seppellire il passato.²⁶

Ronald Slye ha proposto una tipologia delle amnistie che, prendendo in considerazione tre dimensioni (il contenuto, il contesto e la finalità), distingue tra *amnesic amnesties*, amnistie generiche e incondizionate, che tendono semplicemente a promuovere l'oblio (come quella cilena del 1978), *compromise amnesties*, che permettono qualche tipo d'indagine e possono combinarsi con Commissioni verità, senza peraltro consentire che oltre determinati accertamenti si passi al procedimento giudiziario (esempi in Guatemala e Honduras), *corrective amnesties*, volte a riparare torti di un precedente regime, per esempio liberando i condannati per reati politici (le amnistie emanate in Russia, Bulgaria, Ungheria dopo la caduta del comunismo), e *accountable amnesties*, che non operano genericamente per categorie ma si applicano a comportamenti individuali pubblicamente riconosciuti in un contraddittorio con le vittime e sono quindi direttamente indirizzate alla riconciliazione (l'unico esempio integrale è l'amnistia sudafricana). Utilizzando questo quadro analitico non è difficile pervenire alla conclusione che solo amnistie del quarto tipo (dal cui beneficio sono esclusi responsabili di gravi violazioni dei diritti fondamentali) possono rispettare gli alti standard posti dal diritto internazionale e dal diritto costituzionale di stati democratici.²⁷

La questione resta tuttavia controversa (come hanno mostrato i negoziati che hanno portato all'approvazione dello Statuto dell'Icc, che non a caso non contiene alcun riferimento alle amnistie). Senza entrare qui nel merito dell'interpretazione dell'articolo 16 dello Statuto dell'Icc (che consente al Consiglio di sicurezza di chiedere all'ufficio del

procuratore la sospensione delle indagini per un tempo determinato ma indefinitamente prorogabile), ci si può limitare a ricordare che il diritto internazionale tuttavia consente deroghe in situazioni nelle quali ciò appaia necessario in virtù del perseguimento della pace e della sicurezza internazionale o della riconciliazione nazionale.²⁸ Ma tali deroghe dovrebbero essere convenientemente motivate. Un'ulteriore breccia nell'esclusione dell'amnistia per i crimini internazionali è costituita dall'articolo 6, paragrafo 5, del II Protocollo addizionale (8 giugno 1977) alla Convenzione di Ginevra del 1949 sulla protezione delle vittime dei conflitti armati non internazionali che, al fine di favorire la riconciliazione sociale, ammette a conclusione delle ostilità il ricorso a "the broadest possible amnesty to persons who have participated in the armed conflict". Di tale norma è stata spesso data un'interpretazione estensiva, mentre sembra più corretto assumere che essa (come ha sostenuto il Comitato internazionale della Croce rossa) vada riferita alla sola "immunità del combattente", di chi ha operato cioè nel quadro del diritto internazionale umanitario, non di chi si è macchiato di crimini internazionali.²⁹

Sfruttando le ambivalenze di questa complessa situazione normativa, anche in anni recenti si è comunque continuato a fare ricorso ad amnistie aventi per oggetto crimini internazionali. Esempi recenti sono la legge afghana del 2007, che impedisce di perseguire i responsabili di crimini di guerra commessi negli ultimi decenni, il decreto algerino del 2006, che amnistia i responsabili di crimini internazionali d'ogni genere e la legge (novembre 2006) della Repubblica democratica del Congo, che rende impunibili i crimini commessi tra l'agosto 1996 e il giugno 2003 in quel paese (anni in cui si collocano le due guerre del Congo, alla seconda delle quali hanno preso parte almeno 8 eserciti nazionali e 21 corpi armati irregolari).³⁰ Quest'ultima disposizione appare oggi particolarmente odiosa, alla luce dei dati raccapriccianti che il rapporto stilato dall'Alto commissariato per i diritti dell'uomo ha potuto accertare per gli anni che vanno dal 1993 al 2003 – una quantità impressionante di massacri, stupri e crimini contro l'umanità destinati a restare probabilmente impuniti in quanto commessi prima dell'entrata in funzione dell'Icc.

NOTE

¹ C. Schmitt, *La guerra civile fredda*, in Id., *Scritti politico-giuridici 1933-1942*, Bacco & Arianna, Perugia 1983, pp. 125-127.

² Questa lettura revisionistica della storia del Novecento in H. Quaritsch, *Giustizia politica*, cit.; A. Mohler, *Der Nasenring*, cit. Per una trattazione equilibrata N. Frei, *Vergangenheitspolitik*, cit.

³ La ricostruzione di un caso specifico in U. Goñi, *The Real Odessa. How Perón Brought the Nazi War Criminals to Argentina*, Granta, London 2002.

⁴ Nel 1953 l'Interim Mixed Parole and Clemency Board for War Criminals in American Custody (composto da tre americani e due tedeschi) accelera (imitato da britannici e francesi) i rilasci. Quando con la restituzione della sovranità (5 maggio 1955) s'insedia un nuovo comitato paritario, il Mixed Board for War Criminals (tre tedeschi e tre rappresentanti delle potenze occupanti), i prigionieri britannici a Werl e francesi a Wittich sono già stati tutti liberati e a Landsberg restano solo 45 prigionieri (gli ultimi 4 saranno liberati il 9 maggio 1958). Restano i prigionieri di Spandau (ma per ragioni di salute furono dimessi Neurath nel 1954, Raeder nel 1955 e Funk nel 1957).

⁵ Per una ricostruzione del dibattito poggiante su un'amplissima letteratura N. Frei, *Vergangenheitspolitik*, cit., pp. 8-10.

⁶ U. Brochhagen, *Nach Nürnberg*, cit., p. 19.

⁷ A. Weinke, *Die Verfolgung von NS-Tätern*, cit., p. 335.

⁸ J. Friedrich, *Die kalte Amnestie. NS-Täter in der Bundesrepublik*, Piper, München 1994. Per un'opposta lettura H. Quaritsch, *Giustizia politica*, cit., pp. 176-177: "La fine della denazificazione non ebbe gli effetti di un'amnistia generale. I 'responsabili principali' e i 'compromessi', circa 24.000 persone, rimasero relegati permanentemente ai margini della società, e così pure la maggior parte dei 19.200 internati condannati sulla base del decreto numero 69. Indipendentemente dalle classificazioni ufficiali, in molti gruppi professionali si negò, in via formale o informale, la riabilitazione a coloro che si erano schierati troppo chiaramente ed esplicitamente a favore del regime nazionalsocialista".

⁹ N. Frei, *Vergangenheitspolitik*, cit., pp. 29, 50 e 397-398.

¹⁰ H. Kramer, *Kriegsverbrechen, deutsche Justiz und das Verjährungsproblem – Amnestie durch die legislative Hintertür*, in W. Wette, G.R. Ueberschär (a cura di), *Kriegsverbrechen im 20. Jahrhundert*, cit., pp. 493-506.

¹¹ Cfr. D. Cesarani, *Justice Delayed*, Heinemann, London 1992. Il libro ricostruisce anche l'arruolamento nei servizi segreti britannici di criminali nazisti. Per l'arruolamento nei servizi Usa C. Simpson, *Blowback*, Weidenfeld & Nicolson, New York 1988.

¹² Nel corso degli ultimi due decenni, sulla base dei risultati conseguiti dalla letteratura sull'elaborazione giudiziaria del proprio passato nazionale, la storiografia tedesca ha assunto un ruolo di guida anche nella ricerca sulle "politiche del passato" di altre nazioni europee, a cominciare dalla Francia e dall'Italia. M. Battini, *Peccati di memoria*, cit.; F. Focardi, *La questione della punizione dei criminali di guerra in Italia dopo la fine del secondo conflitto mondiale*, cit. e Id., *I mancati processi ai criminali di guerra italiani*, in L. Baldissara, P. Pezzino (a cura di), *Giudicare e punire*, cit., pp. 185-214. Inoltre G. Schreiber, *Deutsche Kriegsverbrechen in Italien. Täter, Opfer, Strafverfolgung*, Beck, München 1996.

¹³ Ma si veda l'articolo 1 del Regio decreto del 5 aprile 1944: "È concessa amnistia per tutti i reati, quando il fine che li ha determinati sia stato quello di liberare la Patria dall'occupazione tedesca, ovvero quello di ridare al popolo italiano le libertà soppresses e conculcate dal regime fascista"; inoltre il Decreto legislativo del 17 novembre 1945, n. 719. Cfr. M. Franzinelli, *L'amnistia Togliatti. 22 giugno 1946: colpo di spugna sui crimini fascisti*, Mondadori, Milano 2006; L. Klinkhammer, *Prefazione. Dal perdono all'amnistia*, in F. Focardi, *Criminali di guerra in libertà. Un accordo segreto tra Italia e Germania federale, 1949-55*, Carocci, Roma 2008, pp. 17-18. Un equilibrato bilancio in M. Flores (a cura di), *Verità senza vendetta*, cit., pp. 29-30: "Nessuna tra le tante amnistie che hanno posto fine ai processi di denazificazione e defascistizzazione dopo il secondo conflitto mondiale ha riscosso consensi unanimi; ma le critiche più feroci si erano in genere appuntate sulla lentezza dei processi penali e di epurazione".

¹⁴ C. Moisel, *Frankreich und die deutschen Kriegsverbrecher*, cit., pp. 157-158; K. Urselmann, *Die Bedeutung des Barbie-Prozesses für*

die französische Vergangenheitsbewältigung, Lang, Frankfurt a.M. 2000; cfr. anche H. Rousso, *Juger le passé? Justice et histoire en France*, in F. Brayard (a cura di), *Le génocide des juifs entre procès et histoire, 1943-2000*, Complexe, Bruxelles 2000, pp. 261-287; P. Novick, *The Resistance versus Vichy*, cit.

¹⁵ Cfr. X.-M. Núñez, *Ein endloser Erinnerungskrieg? Bürgerkrieg, Diktatur und Erinnerungsdiskurs in der jüngsten spanischen Geschichtswissenschaft*, "Neue Politische Literatur", 55 (2010), pp. 23-50.

¹⁶ W.L. Bernecker, *Dealing with the Past in Spain. Between Amnesia and Collective Memory*, in R. Wodak, G. Auer Borea (a cura di), *Justice and Memory. Confronting Traumatic Pasts. An International Comparison*, Passagen, Wien 2009, pp. 123-146.

¹⁷ Anche se in tale materia, come in altre, la posizione delle Nazioni unite sta evolvendo: cfr. C. Stahn, *United Nations Peace-Building, Amnesties and Alternative Forms of Justice: A Change in Practice?*, "International Review of the Red Cross", 84 (2002), pp. 191-205; R.C. Slye, *The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?*, "Virginia Journal of International Law", 43 (2002), pp. 173-247; M.R. Mauro, *Leggi di amnistia e punizione dei crimini internazionali*, "Rivista di diritto internazionale", 93 (2010), pp. 345-346: se in passato, nei casi di Cambogia, Haiti, Sudafrica, El Salvador, Guatemala e Repubblica democratica del Congo erano stati accettati accordi che contenevano amnistie generali, più recentemente, nei casi di Timor Est e Sierra Leone, l'Onu ha ritenuto l'amnistia non applicabile ai crimini internazionali.

¹⁸ M.J. Osiel, *Mass Atrocity, Collective Memory and Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2009; K. Ambos, *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen. Zur "impunidad" in südamerikanischen Ländern aus völkerstrafrechtlicher Sicht*, iuscrim, Freiburg 1997; T.M. Scheerer, *Nacht und Nebel in Argentinien. Repressionsverbrechen der Diktatur 1976-1983 und ihre Bewältigung*, in J.P. Reemtsma (a cura di), *Folter. Zur Analyse eines Herrschaftsmittels*, Junius, Hamburg 2000, pp. 91-154; I. Wenzl, *Der Fall Pinochet. Die Aufarbeitung der chilenischen Militärdiktatur*, Isp, Köln 2001; S. Schmidt, G. Pickel, S. Pickel (a cura di), *Amnesie*,

Amnestie oder Aufarbeitung? Zum Umgang mit autoritären Vergangenheiten und Menschenrechtsverletzungen, VS, Wiesbaden 2009. Del pari sono state analizzate le ragioni che hanno reso possibile porre al centro dell'attenzione di molti attori nazionali e transnazionali la questione dei diritti umani (soprattutto con l'entrata in vigore nel 1976 dell'International Covenant on Civil and Political Rights e nel 1978 dell'American Convention on Human Rights e dell'InterAmerican Court of Human Rights): K. Sikkink, C. Booth Walling, *Argentina's Contributions to Global Trends in Transitional Justice*, in N. Roht-Arriaza, J. Mariezcurrena (a cura di), *Transitional Justice*, cit., p. 303.

¹⁹ Cfr. N. Campagna, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten. Philosophische Überlegungen zur strafenden Gerechtigkeit und ihren Grenzen*, Steiner, Stuttgart 2007; L.J. Laplante, *Outlawing Amnesty: The Return of Criminal Justice in Transitional Justice Schemes*, "Virginia Journal of International Law", 49 (2008), pp. 915-984 (che affronta il ruolo dell'Inter-American Court of Human Rights nel contrastare l'abuso di amnistie nella giustizia di transizione dell'America latina e in particolare il caso di Barrios Altos).

²⁰ Sul ricorso al principio dell'immunità degli organi di stato per garantire l'impunità davanti ai tribunali internazionali cfr. M. Ruffert, *Pinochet Follow Up: The End of Sovereign Immunity?*, "Netherlands International Law Review", 48 (2001), pp. 171-195; C. Tangermann, *Die völkerrechtliche Immunität von Staatsoberhäuptern. Grundlagen und Grenzen*, Duncker & Humblot, Berlin 2002; G. Karl, *Völkerrechtliche Immunität im Bereich der Strafverfolgung schwerster Menschenrechtsverletzungen*, Nomos, Baden-Baden 2003; O. Dörr, *Staatliche Immunität auf dem Rückzug?*, "Archiv des Völkerrechts", 41 (2003), pp. 201-219; B.I. Bonafè, *Imputazione all'individuo di crimini internazionali e immunità dell'organo*, "Rivista di diritto internazionale", 87 (2004), pp. 393-426; R. Uerpmann-Witzack, *Immunität vor internationalen Strafgerichten*, "Archiv des Völkerrechts", 44 (2006), pp. 33-56.

²¹ Come fa osservare R.C. Slye, *The Legitimacy of Amnesties Under International Law*, cit., p. 187, anche se gli stati giustificano tali amnistie con l'argomento che favoriscono la riconciliazione, "proponents of restorative justice do not support such blanket amnesties". Sulla *restorative justice* cfr. più avanti, cap. 9.

²² N. Roht-Arriaza, *Prosecutions of Heads of State in Latin America*, in E.L. Lutz, C. Reiger (a cura di), *Prosecuting Heads of State*, cit., pp. 77-94.

²³ M.R. Mauro, *Leggi di amnistia e punizione dei crimini internazionali*, cit., p. 396: “Nel dichiarare incostituzionali le suddette leggi, la Corte suprema non ha considerato sufficiente una loro mera abrogazione formale, ritenendo che dovessero cessare anche gli effetti prodotti da tali leggi, in particolare tramite la riapertura dei procedimenti penali nei confronti dei responsabili, ciò anche in deroga ai principi della *res iudicata*, del divieto di applicazione retroattiva di norme penali, dell’applicabilità al reo della legge penale più favorevole, nonché all’applicazione retroattiva del principio dell’imprescrittibilità dei crimini contro l’umanità, introdotto nell’ordinamento giuridico argentino *ex post facto*”.

²⁴ Ivi, p. 399; e questo in quanto “le leggi di amnistia non appaiono lecite, poiché la tutela dei diritti umani implica, accanto a un obbligo negativo di astensione dalla violazione di tali diritti, anche un obbligo positivo di garanzia degli stessi che [...] include pure l’esercizio della giurisdizione penale nei confronti di persone soggette in precedenza a un’amnistia” (p. 400). R.C. Slye, *The Legitimacy of Amnesties Under International Law*, cit., p. 182: “There are three major international law arguments made against amnesties. First, it is argued that amnesties violate well-established principles of international law that obligate a state to prosecute individuals responsible for certain gross violations of human rights. I call this the obligation to prosecute argument. Second, it is argued that amnesties violate a victim’s fundamental right guaranteed under international law. I call this victim’s rights argument. Third, it is argued that amnesties undercut efforts to establish a stable democracy that honors human rights and the rule of law. I call this the rule of law argument. In contrast to these three arguments, states generally claim that amnesties further peace, truth, and reconciliation”.

²⁵ Ivi, pp. 191-192. Per un’analisi storica e giuridica, e un ulteriore tentativo di tipologizzazione, F. Süss, *Studien zur Amnestiegesetzgebung*, Duncker & Humblot, Berlin 2001, pp. 189-190; H. Cobban, *Amnesty after Atrocity? Healing Nations after Genocides and War Crimes*, Paradigm, Boulder (Col.) 2007.

²⁶ Se negli anni ottanta, sotto il condizionamento vietnamita, si era avviato un processo di elaborazione e demonizzazione del passato, a partire dagli anni novanta prevalgono la rimozione e l'amnesia. Cfr. D. Chandler, *Coming to Terms with the Terror and History of Pol Pot's Cambodia (1975-79)*, in C.A.L. Prager, T. Govier (a cura di), *Dilemmas of Reconciliation*, cit., p. 310: "Nowadays a new consensus is being built around induced amnesia and mandated reconciliation". Cfr. D. Chandler, *Voices from S-21. Terror and History in Pol Pot's Secret Prison*, University of California Press, Berkeley 1999.

²⁷ Il principio *aut dedere aut iudicare* dovrebbe prevalere qui su ogni altra norma. R.C. Slye, *The Legitimacy of Amnesties Under International Law*, cit., pp. 239-247: "It is of course no surprise that the amnesty I have labeled accountable amnesty is the one that holds the promise of a legitimate amnesty eligible for recognition and respect by foreign states and international tribunals".

²⁸ *Ibid.* M.P. Scharf, *The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court*, "Cornell International Law Journal", 32 (1999), p. 522.

²⁹ M.R. Mauro, *Leggi di amnistia e punizione dei crimini internazionali*, cit., pp. 363-364; O. Dörr, *Staatliche Immunität auf dem Rückzug?*, cit., pp. 201-202.

³⁰ M.R. Mauro, *Leggi di amnistia e punizione dei crimini internazionali*, cit., p. 343. Una clamorosa vicenda d'impunità è poi quella dell'ex presidente del Ciad, Habré, su cui R. Brody, *The Prosecution of Hissène Habré: International Accountability, National Impunity*, in N. Roht-Arriaza, J. Mariezcurrena (a cura di), *Transitional Justice*, cit., pp. 278-300.

Parte quarta

Riconciliazione

Nel perdonare, se si cerca di sentirlo fino al suo motivo ultimo, vi è qualcosa di razionalmente non ben comprensibile, e di questo carattere partecipa in certa misura anche la conciliazione

G. Simmel, *Sociologia*

8. Riparazioni

Fin dalle società più arcaiche lo scambio è stato considerato lo strumento strategico per neutralizzare la conflittualità, per trasformare il nemico in amico facendo leva sulla motivazione dell'interesse. Il mito greco contiene un insegnamento ulteriore, la nascita dei tribunali come interruzione del ciclo delle vendette. Però, per l'immaginario greco il superamento della logica della vendetta non è solo il processo, di cui si è detto: la via dell'Areopago giudicante voluto dalla dea Atena. Alternativa alla vendetta è anche la via del pagamento del riscatto. Beni materiali vengono offerti per ricompensare di espropriazioni e di danneggiamenti di altri beni, ma anche per risarcire della perdita di vite umane: è questa la forma originaria dello *scambio ineguale*.

Nel regime di transizione instaurato ad Atene al termine della Guerra del Peloponneso – e di cui era parte integrante l'amnistia di Trasibulo – trovano posto anche misure relative alla restituzione degli ingenti beni confiscati dai Trenta. Di queste disposizioni normative sappiamo assai poco. Ma un frammento di un discorso di Lisia, *Contro Ippoterse*, nel quale si fa riferimento alle modalità brutali dell'arresto e dell'uccisione del fratello di Lisia, Polemarco, e alla confisca dell'ingente patrimonio di famiglia, testimonia non solo del tentativo dell'oratore di tornare in possesso dei suoi beni ma anche dell'esistenza di prescrizioni relative alla restituzione delle proprietà confiscate.¹ È certo che proprietà immobiliari che non erano state vendute furono restituite ai legittimi proprietari; ed è probabile che i beni sequestrati ai meteci non lo fossero. Da Isocrate apprendiamo poi che, in riferimento alle stesse vicende, Trasibulo e Anito, capi della fazione democratica, rinunciarono a far valere le loro istanze di restituzione.²

Nel *De officiis* Cicerone narra di Arato di Sicione, il quale, dopo aver liberato la sua città dal tiranno Nicocle e trovandosi di fronte al problema di restituire agli esiliati richiamati in patria i beni che erano stati occupati da altri, senza sconvolgere possessi consolidati ormai da cinquant'anni ("dato che in così lungo spazio di tempo molti di essi

eran tenuti legittimamente o per eredità o per acquisti o per dote”), si risolse a “persuadere o i nuovi occupanti ad accettare una somma di denaro, abbandonando i loro possessi, o i vecchi proprietari a credere più vantaggioso il ricevere in contanti il prezzo stimato, anziché di recuperare l’antica proprietà. Ne conseguì che, ristabilita la concordia, tutti rimasero soddisfatti senza ulteriori litigi”.³ Anche il problema delle riparazioni materiali delle ingiustizie storiche, in particolare per quanto riguarda il possesso di beni esteriori, non è pertanto nuovo nella storia.

Nella sua ricerca sulla giustizia di transizione Jon Elster si è soffermato ad analizzare l’episodio moderno meglio documentato, i risarcimenti garantiti in Francia dal regime della Restaurazione “ai propri sostenitori per la perdita di proprietà e, in misura minore, di opportunità di carriera, ma non per le sofferenze personali patite, come la detenzione o l’esilio”. Risentimento e odio tenevano la scena: anche la paura di chi aveva beneficiato delle espropriazioni alimentava quel clima di odio. “I *biens nationaux* erano una ferita aperta. La loro esistenza era considerata doppiamente ingiusta: a causa delle confische originarie, e a causa dei prezzi artificialmente bassi ai quali erano stati acquistati.” Su una stima di circa 200.000 *émigrés* e deportati, furono indennizzate circa 25.000 persone, mentre i beni confiscati alla chiesa, i cosiddetti *biens de première origine*, nonostante il voto favorevole del Parlamento ultrarealista, non furono risarciti. Anche se i proprietari ottennero molto meno del valore reale di ciò che avevano perso, *le milliard des émigrés* animò ancora il dibattito sulla questione dieci anni dopo la Restaurazione.⁴

Il problema acquista ancora maggiore evidenza se lo si considera sotto il profilo del diritto internazionale. Distruzione o asservimento costituiscono di norma, nel mondo antico, l’esito di una guerra. La terza alternativa, quella della clemenza, appartiene solo limitatamente al novero delle opzioni della ragion di stato. Quando a un trattato di pace era annessa una clausola d’amnistia, questa abitualmente si accompagnava all’adempimento di obblighi di risarcimento. All’amnistia imposta dagli spartani agli ateniesi nel 403 a.C. era evidentemente connessa anche una richiesta di riparazioni: Aristotele (o chi per lui) loda l’operato degli ateniesi, che “non solo cancellarono le accuse riguardanti il passato ma restituirono pure in comune agli spartani il denaro che i Trenta avevano preso a prestito per la guerra”

(*Costituzione degli Ateniesi*, XL). A conclusione della terza guerra punica, come è noto, Cartagine fu distrutta. Ma la prima e la seconda si erano concluse con l'imposizione da parte dei vincitori di enormi risarcimenti. Nel trattato del 241 a.C. erano previste riparazioni ammontanti a 1000 talenti alla sua stipula e 2200 talenti distribuiti in rate su dieci anni, dai trattati del 203-202 e 202-201 a.C. era imposto il pagamento di addirittura 10.000 talenti in cinquant'anni.⁵

Con la Prima guerra mondiale si fa strada, nell'ambito del diritto internazionale, una moralizzazione della nozione. Questa moralizzazione è evidente nella carriera del concetto tedesco di *Wiedergutmachung*, che nella versione tedesca del Trattato di Versailles traduceva il francese *réparations*: dopo il conflitto, non si tratta solo di risarcire dei danni di guerra ma di riparare una colpa (articolo 231 del Trattato di pace), pagando un prezzo elevato non per aver perso la guerra ma per averla scatenata.⁶ La violazione della neutralità dell'Olanda e del Belgio, il trattamento dei civili belgi come *franc-tireurs*, il sacco di Lovanio, che il primo ministro britannico Herbert Asquith definì "the greatest crime against civilization and culture since the Thirty Years' War",⁷ l'affondamento il 7 maggio 1915 da parte di un sottomarino tedesco della nave passeggeri britannica *Lusitania*, con 1198 morti, costituivano atti di inaudita barbarie, avvenuti in spregio del diritto internazionale delle *civilized nations* sancito dalle Convenzioni dell'Aja, e che proprio per questa ragione non potevano essere lasciati impuniti. La consueta clausola di amnistia dei trattati di pace faceva così posto nel Trattato di Versailles ad articoli di opposto tenore (articoli 227-230).⁸ Dietro alla criminalizzazione morale si celava comunque una motivazione meno nobile: il governo francese non aveva dimenticato i 5 miliardi di franchi di risarcimento imposti dalla Germania alla vigilia della pace del 1871. Il modello della pace cartaginese aveva fatto scuola in Occidente.

Gli articoli 233-235 del Trattato imponevano un obbligo di riparazione, rimandando a un secondo tempo la definizione dell'entità (che comunque la cifra d'anticipo versata all'atto, 20 miliardi di marchi, lasciava presagire molto elevata). In effetti la richiesta definitiva, avanzata il 5 maggio 1921, ammontava a 132 miliardi di marchi oro da pagarsi in trentasette anni – una cifra enorme e un lasso di tempo eccessivo, entrambe pretese poco realistiche, il che già nel 1924

avrebbe portato alla rinegoziazione con il piano Dawes (che lanciava un'obbligazione di 800 milioni di marchi con interesse al 7 per cento) e nel 1929 con il piano Young, che dilatava l'arco temporale a cinquantanove anni (con un'altra obbligazione di 300 milioni di marchi al tasso del 5,5 per cento), finché si addiveniva, con la Conferenza di Losanna del 1932, alla sospensione di fatto.⁹ In definitiva, le riparazioni non portarono molto ai vincitori, anche in considerazione del fatto che gli altri paesi sconfitti, nati dalla dissoluzione dell'Impero asburgico, che avrebbero dovuto contribuire, in realtà non lo fecero.

Con la sconfitta della Germania dopo la Seconda guerra mondiale la legittimazione morale delle riparazioni a causa della “colpa” risultò ulteriormente rafforzata (alla Germania venne imputato d'aver violato sia lo *jus ad bellum* sia lo *jus in bello*); ma nei fatti si determinava anche una situazione radicalmente differente. Da un lato non si ha qui un trattato di pace, e nemmeno un armistizio, all'interno del quale la questione delle riparazioni trovi definizione; dall'altro, il paese è ora totalmente occupato, per cui le potenze occupanti possono procedere al di fuori di qualsiasi accordo e senza remore all'appropriazione di risorse o possono esigere che il paese occupato sostenga i costi dell'occupazione (ma questi, dal punto di vista del vincitore, non sono riparazioni bensì semplici risarcimenti, legittimati amministrativamente argomentando che il paese occupato non deve sostenere costi per la sua difesa e per la garanzia dell'ordine pubblico, funzioni assunte dall'occupante).¹⁰

Divergendo gli interessi di risarcimento e riparazione dei vincitori (in particolare quelli di Usa e Urss), differenti sono le politiche adottate. L'Urss accoglie di buon grado l'orientamento a non richiedere riparazioni in denaro non solo per un'ideologica sfiducia nel mercato ma per interesse diretto ad appropriarsi di risorse e tecnologie smantellando l'apparato produttivo tedesco (e nelle riparazioni rientra qui anche il lavoro forzato dei prigionieri). Gli Usa che, originariamente, con il piano Morgenthau, avevano mostrato inclinazione verso un'analogia reazione punitiva, temono soprattutto che eccessive richieste producano disordini sociali – l'Urss, a fronte della condizione di miseria estrema cui la guerra aveva ridotto la sua popolazione, non poteva invece mostrarsi incline ad alcuna commiserazione. Ancora diversamente, nel caso della Gran Bretagna

predomina la preoccupazione che la richiesta di riparazioni finisca per rafforzare la concorrenza, in una fase in cui il paese dissanguato dalla guerra è impegnato a riconquistare mercati.

Tutti gli stati vincitori hanno preteso riparazioni e tutti gli sconfitti le hanno pagate, anche se in misura molto diversa: chi ha ricevuto di più, in valori assoluti, è l'Urss, chi in termini pro capite è Israele. I crediti che i debitori ottennero furono spesso inversamente proporzionali alle riparazioni fornite. Il peso maggiore lo sostenne la Germania orientale, che pure dalla fondazione del nuovo stato (Ddr) non sostenne riparazioni né a vantaggio di Israele né verso la Jewish Claims Conference.¹¹ Ma la questione delle riparazioni di guerra s'intreccia indissolubilmente con la questione delle riparazioni alle vittime – anch'essa una componente dell'economia della transizione. Nei confronti delle vittime della dittatura nazionalsocialista, il governo della Brd (non quello della Ddr, che ha fin dalla sua nascita rivendicato la sua estraneità rispetto ai crimini commessi dal precedente regime) ha avviato un programma di riparazioni e riconciliazione che non ha eguali nella storia. Erna Paris nel 2000 parlava di 104 miliardi di marchi come risarcimento a oltre 500.000 sopravvissuti all'Olocausto.¹²

Gli inizi di una politica alleata comune in materia di riparazioni alle vittime datano dal gennaio 1944, con l'European Advisory Commission a Londra. Nell'estate 1946 nelle quattro zone d'occupazione si concentrano circa 250.000-300.000 perseguitati dal nazismo (ma da questo numero sono esclusi i molti milioni di lavoratori forzati, che costituivano il grosso dell'esercito delle *displaced persons*, percepite dalla popolazione tedesca non tanto come vittime ma come problema). Nei piani delle riparazioni degli Alleati i risarcimenti alle vittime diventano una variabile subordinata, soprattutto per quanto riguarda gli alleati europei e l'Urss. Anche per quanto riguarda gli Usa non è il genocidio degli ebrei ma sono le espulsioni di massa alla fine del conflitto, con la conseguente nuova pressione migratoria, a porre le persecuzioni naziste al centro dell'attenzione. Gli interessi e non la morale dominano il campo.¹³ Anche in Germania l'emergenza immediata dei profughi sovrasta la domanda di risarcimento alle vittime, che ormai sono in gran parte morte o emigrate. Ancora negli anni cinquanta, i costi economici della *Wiedergutmachung* dovranno essere bilanciati con il peso economico delle riparazioni e con le

aspettative dei gruppi della popolazione tedesca più colpiti dalla guerra.

Fin dagli inizi il discorso politico della *Wiedergutmachung* è un discorso transnazionale: ad avviarlo, già nel periodo precedente alla fine della Seconda guerra mondiale, sono in particolare giuristi ebreo-tedeschi emigrati.¹⁴ All'interno delle varie organizzazioni ebraiche che si attivano sul problema, a cominciare dall'Institute of Jewish Affairs fondato a New York nel 1941, si delinea la contrapposizione tra le posizioni più direttamente legate al sionismo, che attribuiscono unitariamente al popolo ebraico il diritto a un risarcimento collettivo (la tesi sostenuta da autori come Georg Landauer, Siegfried Moses e Nehemiah Robinson) e le posizioni dei giuristi Hugo Marx, autore del primo libro importante sul tema, *The Case of German Jews vs. Germany* (1944), e Bruno Weil, fondatore a New York nel 1943 dell'Axis Victims League, i quali mettono invece l'accento sui diritti dei singoli perseguitati al risarcimento.¹⁵ In questa fase si delinea anche un altro *cleavage*: quello tra le richieste di riparazioni dei perseguitati politici, volte a non accollare al popolo tedesco nella sua totalità ma al regime, il peso delle medesime, e le richieste degli ebrei, meno preoccupati delle conseguenze politiche di una criminalizzazione dell'intero popolo tedesco. Un'ulteriore frattura consegue dall'atteggiamento delle potenze occupanti: per tener conto degli interessi degli emigrati ebrei, gli Usa includono, nel novero dei perseguitati, coloro che sono stati espropriati, mentre i delegati sovietici vi includono solo i detenuti delle prigioni e dei campi, con derivante favoreggiamento dei perseguitati politici.¹⁶

Conseguentemente, all'interno delle zone di occupazione si delinea una frattura tra due tipologie di perseguitati del regime nazista: i "combattenti contro il fascismo", cioè i prigionieri politici, e le "vittime del fascismo", in gran parte ebrei: e questa si trasforma, nella zona d'occupazione sovietica e in tutta l'Europa orientale, in una clamorosa discriminazione nel trattamento tra le vittime della Shoah e le altre vittime della barbarie nazista.¹⁷ Le vittime sono esposte a una duplice concorrenza, tra loro (in base a una molteplicità di divergenze d'interessi) e con i tedeschi espulsi (*Vertriebene*), i prigionieri di guerra e i superstiti dei bombardamenti. Anche l'universo dei perseguitati dal nazismo va incontro a molte divisioni e fratture: questo vale tanto per le associazioni dei perseguitati politici (dopo le associazioni egemonizzate

dai quadri comunisti e da quelli della Spd nasce nel 1950 il Bund der Verfolgten des Naziregimes – Bvn – con un chiaro orientamento anticomunista) quanto per le vittime di origine ebraica, divise tra il World Jewish Congress e la World Jewish Restitution Organization (nell'ottobre 1951 viene fondata la Jewish Claims Conference per tutelare gli interessi degli ebrei della diaspora, non disposti a sottostare alla pretesa di rappresentanza esclusiva degli interessi ebraici da parte di Israele).¹⁸

Già nel periodo dell'occupazione la divaricazione è evidente. A Ovest gli aspetti politico-pedagogici della *Wiedergutmachung* passano progressivamente in secondo piano riguardo agli aspetti materiali, in particolare riguardo alle aspettative di risarcimento e restituzione. A Est invece la *Wiedergutmachung* viene sempre più moralizzata e politicizzata. Ma con la nascita della Brd e di Israele si afferma un'altra frattura: mentre in Germania si fa strada l'aspettativa che con i risarcimenti (pagando i debiti, *Schulden*) possa essere anche cancellata o neutralizzata la colpa (*Schuld*), in Israele si persevera nel tener ben distinti i due aspetti. Da un lato la giuridificazione comporta la neutralizzazione morale della *Wiedergutmachung*, dall'altro prende forma la duplice strategia della negoziazione e dell'intransigenza morale.¹⁹

Il processo delle riparazioni tedesche all'indomani della Seconda guerra mondiale si configura come particolarmente complesso e si svolge su due distinti binari: quello delle trattative con le potenze alleate, che culminano nel *Deutschland vertrag* del 26 maggio 1952 e nel *Londoner Schuldabkommen* del 27 febbraio 1953,²⁰ e quello delle trattative segrete con Israele e la Claims Conference, che portano all'accordo del Lussemburgo del 10 novembre 1952. Le due trattative si condizionano reciprocamente. Decisivo risultò l'articolo 5, comma 2 dell'accordo di Londra del 1953, che pospose l'esame delle richieste di risarcimento da parte di stati o di individui alla definizione della questione delle riparazioni e quindi alla stipula, proiettata in un futuro remoto, di un trattato di pace. Esso corrispose non solo all'interesse dei negoziatori tedeschi ma anche all'interesse, soprattutto americano, per la restituzione dei crediti del dopoguerra. Alla conclusione questa complessa vicenda è giunta solo a vent'anni dalla riunificazione, quando, come hanno riportato con una certa enfasi i giornali, la

Germania ha saldato alla data simbolicamente eloquente del 3 ottobre 2010, l'ultima *tranche* di debito ammontante a 69.950.000 euro.

Ancor più complessa e delicata è stata la vicenda delle riparazioni con Israele. Il nuovo stato è costretto dalla drammatica situazione economica a negoziare per sostenere i costi dell'integrazione del mezzo milione di profughi giunti dai territori occupati dal Reich durante la guerra. Adenauer si accorda dopo una difficile trattativa con la Claims Conference, confidando di poter chiudere così il capitolo dei risarcimenti ai perseguitati; ma tale interpretazione non è condivisa. In Lussemburgo si arriva alla firma: 3 miliardi di marchi a Israele, 450 milioni alla Claims Conference (esclusi restano i lavoratori forzati, il cui numero oscilla tra i 7 e i 10 milioni). La via dei tribunali civili negli anni cinquanta-sessanta è impraticabile, in quanto le imprese negano di aver occupato tale manodopera, solo alla Claims Conference riesce in taluni casi a far valere pretese di risarcimento.²¹ Soltanto alla fine degli anni settanta si profilerà un nuovo orientamento: attenzione alle vittime dimenticate (stranieri e gruppi marginali). Il 1989 segna poi una svolta in duplice senso: da un lato il trattato 4+2 sembra mettere fuori gioco la clausola dell'articolo 5.2 dell'Accordo di Londra; dall'altro gli orrori della guerra e del terrore nei territori dell'Est, fino a quel momento rimasti fuori dal cono di luce delle politiche del passato, vengono in primo piano (inoltre ora si devono pagare i conti evasi dalla Ddr). L'esecutivo riesce a evitare la stipula di un vero trattato di pace, che avrebbe comportato una catastrofe finanziaria, ma non ad arrestare la nuova dinamica delle rivendicazioni. La Claims Conference viene rivitalizzata, e si registra un nuovo attivismo Usa, dove, facendo ricorso addirittura all'*Alien Tort Claims Act* del 1789, che era servito ai tribunali americani a perseguire penalmente atti di pirateria fuori della sfera di sovranità della federazione, si avviano azioni giudiziarie contro imprese che avevano fatto uso di lavoro coatto. La moralizzazione deve comunque ancora fare i conti con la Realpolitik: rivendicazioni sostenute da interessi americani hanno maggiore ascolto che altre provenienti dall'Europa orientale.²²

La svolta del 1989 ha dato avvio a quel processo che è stato definito "universalizzazione della *Wiedergutmachung*".²³ La nuova e inattesa congiuntura internazionale ha offerto un'eccezionale

opportunità per far valere massicciamente istanze di restituzione, a tutela delle quali viene costituita nel 1992 da Israele e dal World Jewish Congress la World Jewish Restitution Organization, di cui diventa presidente l'americano Edgar Bronfmann. La Conferenza di Londra del 1997 sull'oro rubato, quella di Washington del 1998, cui partecipano 44 delegazioni governative e 13 organizzazioni non governative, le trattative per il risarcimento dei lavoratori forzati vittime del regime nazista sono altrettante tappe di questo processo di internazionalizzazione della politica delle riparazioni. Accanto alla valenza simbolica di questi eventi, va constatata la crescita del volume complessivo delle riparazioni, che in singoli casi raggiungono proporzioni assai considerevoli (anche a seguito di offensive giudiziarie enfatizzate dai media). Negli Stati Uniti, nell'ottobre 1999, una campagna scandalistica contro industrie che durante il regime nazionalsocialista avevano fatto affari con metodi illeciti mette sotto pressione il governo americano e l'industria tedesca, portando alla conclusione un contenzioso che si trascinava irrisolto da tempo.²⁴ Per venire a fatti ancor più recenti, nell'aprile del 2005 i giornali hanno riportato la notizia che un giudice federale statunitense aveva condannato alcune banche svizzere a pagare un risarcimento di 21,9 milioni di dollari a quattordici familiari di due vittime dell'Olocausto (il più alto risarcimento finora deliberato, anche se va ricordato che questa sentenza aveva alle spalle quasi 3000 imposizioni di risarcimenti da parte di tribunali americani).

La vicenda tedesca delle riparazioni costituisce il caso paradigmatico – e per questo è stata oggetto di tanti studi. Ma il problema potrebbe essere indagato in riferimento a molti altri trattati di pace e accordi internazionali o all'istituzione di *international claims commissions*. Per limitarsi a un caso recente, che segna un'altra innovazione nella storia del sistema internazionale, si può menzionare il fatto che, a conclusione della (Prima) guerra del Golfo, il Consiglio di sicurezza istituiva (paragrafo 18 della risoluzione 687/1991) la United Nations Compensation Commission incaricata di gestire la questione delle riparazioni relative a quella guerra (“as a result of Iraq’s unlawful invasion and occupation of Kuwait”). Nella lunga storia delle *international claims commissions* questa è la prima a essere stata istituita, richiamandosi al capitolo VII della Carta, dal Consiglio di

sicurezza, creando così un precedente importante (come *compensation commission ad hoc*), anche se non un organo con competenza universale (e anche in questo caso, come in quello dell'istituzione dei tribunali penali internazionali, vi è chi ha eccepito sulla legittimità di quest'atto).²⁵

La vicenda delle riparazioni dell'Olocausto ha fornito indubbiamente, come si è rilevato, un modello. Ma non ha dato (né poteva dare, anche in virtù della sua eccezionalità) risposta ad alcuni ricorrenti quesiti: innanzitutto, vi sono criteri per applicare in concreto l'universalmente riconosciuto *principle of proportional compensation*? E poi: come si determina in rapporto alla discriminante individuale/collettivo la distribuzione delle riparazioni? Chi ha titolo ai risarcimenti? Individui o società? Man mano che si risale all'indietro nella storia la determinazione si sposta dagli individui ai collettivi. I sopravvissuti dei campi di concentramento o dei campi di lavoro forzato hanno (e hanno avanzato, in molti casi, con successo) un diritto individuale al risarcimento. Ma i discendenti degli schiavi catturati e portati in America nel XVI o XVII secolo possono avanzare un analogo diritto? O non è forse più ragionevole pensare a trasferimenti da collettività che hanno goduto nel tempo dei vantaggi di quei crimini a collettività che hanno conosciuto un passato di sfruttamento coloniale?

Accanto ai casi paradigmatici dell'Olocausto come responsabilità specifica di un regime totalitario, per il quale uno stato successivo si è fatto carico degli obblighi della riparazione, e del *dominio coloniale* dell'Occidente, in riferimento al quale meno chiaro è *chi* rappresenti esecutori e vittime e *come* possano configurarsi atti di riparazione e riconciliazione, si può identificare un gran numero di situazioni storiche di regimi di transizione confrontati con domande di restituzione, riparazione, risarcimento che richiedono risposte non sporadiche ma istituzionalmente canalizzate. Per quanto incerte, controverse e sommarie, nel loro insieme queste risposte sono venute configurando, a giudizio di molti interpreti, un nuovo paradigma di moralità internazionale.²⁶ In effetti, anche se la galassia delle deportazioni, dei massacri e dei genocidi che hanno accompagnato la storia dell'appropriazione territoriale e della colonizzazione da parte della civiltà occidentale resta in gran parte al di fuori del raggio di quella che polemicamente è stata chiamata *l'industria delle riparazioni*, è

indubbio che nel corso degli ultimi decenni sia stato fatto molto per riparare i torti storici. Hanno acquistato rilevanza anche per il dibattito filosofico le categorie giuridiche di restituzione, compensazione e riconoscimento simbolico: la letteratura anglosassone ha riproposto la tripartizione di *restitution*, *reparation* o *compensation* e *satisfaction* o *apology*, che corrisponde alla classica tipologia giuridica in base alla quale si distingue tra *restitutio in integrum*, quando si tende a ripristinare la situazione sussistente anteriormente alla violazione del diritto, *compensatio* quando si effettua un risarcimento, e *satisfactio*, quando si offre una compensazione simbolica attraverso il riconoscimento del torto commesso.²⁷

La storia delle ambivalenti relazioni tra diritto internazionale e politica delle riparazioni è ben esemplificata dalle contraddittorie decisioni con cui giunge a conclusione la guerra civile americana. Se nel 1864 gli Stati Uniti, dopo aver fatto esperienza di quella che è stata definita la prima guerra “totale” della storia, avevano adottato il *Lieber Code* e firmato a Ginevra la Convenzione per il “miglioramento delle condizioni dei feriti e dei malati delle Forze armate sul campo di battaglia”, ponendo così le basi del diritto internazionale umanitario, nell’anno seguente le riparazioni che in forma di assegnazione di terre incolte il generale Sherman Order aveva riconosciuto agli schiavi liberati vennero prontamente revocate dal presidente Johnson.²⁸ Anche nel corso del XX secolo sarebbe a lungo prevalsa la tendenza a privilegiare la questione delle sofferenze prodotte in guerre internazionali da crimini di guerra rispetto alle deprivazioni di identità, proprietà e libertà perpetrate a danno di popolazioni civili.

A segnare la svolta sotto questo profilo è soltanto la Seconda guerra mondiale, a partire dalla quale, in risposta al crimine senza precedenti dell’Olocausto, è divenuta possibile l’instaurazione di una diversa gerarchia tra il risarcimento dei danni di guerra e le riparazioni per le vittime civili. Ma sarebbero occorsi decenni perché l’attenzione nei confronti delle domande di riparazione delle vittime imboccasse, tra tante inerzie e resistenze, la via dell’universalizzazione. Solo nel 1988 il Congresso americano avrebbe approvato un *Civil Liberties Act* che prevedeva di compensare quei giapponesi americani che nel corso della Seconda guerra mondiale erano stati internati, mettendo a disposizione delle vittime 1,25 miliardi di dollari.²⁹ Un altro capitolo della storia

delle riparazioni legato ai crimini di guerra è costituito dallo schiavismo sessuale (prostituzione forzata), che in Asia durante la Seconda guerra mondiale assunse dimensioni senza precedenti: ne furono vittima le *comfort women* dell'occupazione giapponese in particolare in Corea, Cina e Indocina, un fatto su cui a lungo è calata una densa coltre di rimozione.³⁰ Occorre però anche essere consapevoli dei limiti a cui va incontro il ricorso al diritto internazionale come strumento per ottenere riparazioni. Ne è un esempio il caso, che è stato recentemente discusso, dei crimini di guerra e contro l'umanità, arrivati alle soglie del genocidio, perpetrati nel 1904 dalla potenza coloniale tedesca a danno della popolazione degli herero, sul quale è naufragata, ancora una volta sul divieto di retroattività del diritto penale, l'azione intentata nel 2001 dai discendenti delle vittime.³¹ Nel caso di crimini contro l'umanità la *restitutio in integrum* non è ovviamente possibile: proprio questa impossibilità alimenta una domanda di soddisfazione simbolica destinata a essere perennemente frustrata.

L'Olocausto americano dello schiavismo è notoriamente assunto al centro del dibattito morale sulla giustizia storica nel corso degli ultimi due decenni.³² Altrettanta attenzione è stata riservata alla questione della Native Americans restitution, vale a dire ai problemi delle riparazioni materiali e simboliche nei confronti degli indiani d'America, espropriati, deportati e in larga misura anche sterminati dai coloni bianchi nella loro progressiva occupazione del continente nordamericano. Contro la legittimità e/o la praticabilità delle relative istanze di riparazione sono stati addotti molti argomenti (in un contributo sottilmente analitico J. Angelo Corlett ne ha annoverati 13), primi fra tutti l'argomento della complessità storica, che rende impossibile una precisa determinazione dei torti e dell'attribuzione delle responsabilità, l'argomento che nega la responsabilità collettiva delle generazioni future, l'argomento dell'assenza di diritti giuridici e morali di proprietà presso le popolazioni indiane, l'argomento dell'*affirmative action*, la quale basterebbe di per sé a risarcire i gruppi svantaggiati. Mentre fino a un passato recente tali argomenti godevano di un largo consenso, ora essi si trovano sempre più spesso a essere bersaglio della critica.³³

In conseguenza della difficoltà di stabilire criteri condivisi e sostenibili per i risarcimenti, ha finito assai spesso per prevalere la

tendenza a privilegiare la dimensione simbolica su quella materiale delle riparazioni. Come variante meno onerosa delle riparazioni si è diffusa nel mondo occidentale, in funzione compensatoria, la pratica del chiedere scusa.³⁴ Si può naturalmente ravvisare in questa pratica una certa dose di ipocrisia internazionale. È evidente però, d'altra parte, che questa morale politica finisce inevitabilmente per acquistare una dimensione strategica sia per il debitore-donatore sia per i creditori eredi delle vittime, in quanto ha come corollario l'assunzione di impegni finanziari. Si pensi alle dichiarazioni sulle responsabilità americane in materia di schiavismo del presidente Bill Clinton in occasione del suo viaggio in Africa nel 1998 ("We were wrong in that") e alla sua visita alla Slave House a Goree Island (Senegal); ma anche alla "solemn offer of reconciliation" del governo canadese in occasione del varo dell'Aboriginal Action Plan (1998) o alle impegnative formulazioni che hanno accompagnato l'istituzione del Council for Aboriginal Reconciliation australiano (1991). A tutte queste solenni dichiarazioni hanno fatto seguito concreti impegni finanziari.³⁵

L'espansione e il rafforzamento del potere giudiziario a livello internazionale hanno contribuito al riconoscimento dei diritti delle vittime, avviando un nuovo corso che è culminato nell'articolo 68 dello Statuto dell'Icc, dedicato alla "protezione delle vittime e dei testimoni e loro partecipazione al processo". Già nel 1981 era stato creato un fondo per le vittime della tortura, nel 1983 un fondo per le vittime dell'*apartheid*, nello stesso anno la Convenzione del Consiglio d'Europa relativa al risarcimento delle vittime di reati violenti aveva sancito un obbligo di garantire il risarcimento per danni causati da reati violenti intenzionali. Attraverso queste disposizioni, nel quadro della moralizzazione del diritto internazionale, i principi della *restorative justice* hanno trovato riconoscimento nel diritto internazionale, a partire dai "principi base della Giustizia per le vittime di crimini e di abusi di potere" emanati dalle Nazioni unite nel 1985 e, soprattutto, con la risoluzione 60/147, approvata dalle Nazioni unite il 16 dicembre 2005, che stabilisce i "principi e le direttrici fondamentali in merito al diritto delle vittime di manifeste violazioni delle norme internazionali sui diritti umani e di violazioni gravi del diritto internazionale umanitario ad agire in giudizio e ottenere riparazioni".³⁶

In riferimento ai casi di più grave, duratura e sistemica violazione

delle norme sui diritti umani, tuttavia, la politica delle riparazioni presuppone la conclusione delle ostilità. Per quanto nei rapporti internazionali del sistema postvestfaliano dichiarazioni di guerra e trattati di pace abbiano cessato di costituire la norma, nei fatti sono pur sempre riconoscibili situazioni che decidono della fine delle ostilità. A partire dalla nuova condizione di pace, hobbesianamente definibile come assenza di guerra, diventa possibile lavorare alla restaurazione di una normalità di rapporti attraverso l'avvio di trattative sulle riparazioni. Diversa è la situazione all'indomani delle guerre civili, che per loro natura sono conflitti ostinatamente refrattari alla pacificazione. Qui il cammino da percorrere prima che si possa giungere alla politica dei risarcimenti e delle riparazioni è assai più lungo e contrastato. La determinazione e il governo delle riparazioni devono essere collocati entro un quadro più ampio di misure e interventi volti a ricostituire il tessuto sociale e i legami comunitari.

NOTE

¹ Cfr. Lysiae, *In Hippothersem, in Theomnestum et fragmenta ex incertis orationibus* (P. Oxy. XIII 1606), a cura di E. Medda, Le Monnier, Firenze 2003, pp. 194-195.

² W. Nippel, *Bürgerkrieg und Amnestie*, cit., pp. 109-110.

³ Marco Tullio Cicerone, *Dei doveri*, Zanichelli, Bologna 1962, pp. 235-237 (tr. leggermente modificata).

⁴ J. Elster, *Chiudere i conti*, cit., pp. 62 e 65-66. Cfr. R. Schnur, *Wiedergut machung: Benjamin Constant und die Emigranten (1825)*, in Id., *Revolution und Weltbürgerkrieg. Studien zur Ouverture nach 1789*, Duncker & Humblot, Berlin 1983, pp. 99-119, la cui ricostruzione si basa ampiamente sulla documentazione contenuta in A. Gain, *La Restauration et les biens des émigrés. La législation concernant les Biens nationaux de seconde origine et son application dans l'Est de la France (1814-1832)*, Société d'impressions typographiques, Nancy 1928.

⁵ Cfr. H.H. Schmitt (a cura di), *Die Verträge der griechisch-römischen Welt von 338 bis 200 v. Chr.*, in Id., *Die Staatsverträge des Altertums*, Beck, München 1969, pp. 173-181 e 291-308. J. Fisch, *Krieg und Frieden im Friedensvertrag*, cit., p. 70: "Kriegsentschädigungen oder einfach Zahlungen spielen in römischen Friedensverträgen eine sehr wichtige Rolle".

⁶ Sulla moralizzazione del concetto insiste opportunamente J. Fisch, *Reparationen nach dem Zweiten Weltkrieg*, Beck, München 1992, pp. 19-20. A considerarlo un ipocrita concetto morale furono i nazisti che, per parte loro, con l'arianizzazione dei beni degli ebrei, rivendicavano una sorta di *Wiedergutmachung* rispetto al dissanguamento dell'economia tedesca operato dagli ebrei durante la crisi economica del primo dopoguerra. Nel secondo dopoguerra, mentre nella zona d'occupazione sovietica e poi nella Ddr il concetto serviva a designare le riparazioni nei confronti dell'Unione Sovietica (e della Polonia), nella Rft esso veniva a designare i risarcimenti alle vittime del regime nazista (C. Goschler, *Schuld und Schulden*, cit., pp. 11-12).

⁷ Cit. in J.W. Willis, *Prologue to Nuremberg*, cit., pp. 9-10. Non

va sottaciuto, peraltro, che molti crimini furono costruiti o ingigantiti dalla propaganda.

⁸ G. Hankel, *Die Leipziger Prozesse*, cit., pp. 31-32.

⁹ J. Fisch, *Reparationen*, cit., pp. 25-26, che si sofferma anche sull'entità assai controversa delle riparazioni effettivamente versate. Avendo inoltre la Germania contratto sul mercato prestiti (soprattutto negli Usa) per far fronte a questi impegni, il problema della loro restituzione si trascinerà nel secondo dopoguerra, complicando ulteriormente le trattative. Cfr. W. Murray, *Versailles: The Peace Without a Chance*, in W. Murray, J. Lacey (a cura di), *The Making of Peace. Rulers, States, and the Aftermath of War*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, pp. 209-239; G. Press-Barnathan, *The Political Economy of Transitions to Peace. A Comparative Perspective*, University of Pittsburgh Press, Pittsburgh 2009.

¹⁰ J. Fisch, *Reparationen*, cit., p. 32. Cfr. B.W. Eichhorn, *Reparation als völker rechtliche Deliktshaftung. Rechtliche und praktische Probleme unter besonderer Berücksichtigung Deutschlands (1918-1990)*, Nomos, Baden-Baden 1992, dove si sottolinea come la prassi delle riparazioni si sia consolidata come istituto del diritto internazionale e non solo come costruito politico-morale, come ha dimostrato da ultimo la risoluzione Onu sulle riparazioni al Kuwait (p. 187).

¹¹ H.-J. Brodesser et al., *Wiedergutmachung und Kriegsfolgenliquidation. Geschichte – Regelungen – Zahlungen*, Beck, München 2000; H.G. Hockerts, *Wieder gutmachung in Deutschland. Eine historische Bilanz 1945-2000*, Beck, München 2001; Id., *Nach der Verfolgung: Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in Deutschland?*, Wallstein, Göttingen 2003; Id. (a cura di), *Grenzen der Wiedergutmachung: die Entschädigung für NS-Verfolgte in West- und Osteuropa 1945-2000*, Wallstein, Göttingen 2006; J.C. Torpey, *Making Whole What Has Been Smashed: On Reparation Politics*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2006. Per la critica del concetto di *Wiedergutmachung* A. Assmann, U. Frevert, *Geschichts vergessenheit, Geschichtsversessenheit. Vom Umgang mit der deutschen Vergangenheit nach 1945*, Deutsche Verlag Anstalt, Stuttgart 1999, p. 57.

¹² E. Paris, *Long Shadows. Truth, Lies and History*, Knopf,

Toronto 2000; C. Goschler, *Schuld und Schulden*, cit.; J. Herf, *Divided memory. The Nazi Past in the Two Germanys*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1997.

¹³ C. Goschler, *Schuld und Schulden*, cit., pp. 47-48.

¹⁴ Ivi, pp. 31-34, 478. L'autore fa riferimento anche al programma (1936) di "riparazione dei torti inflitti" di un gruppo della resistenza tedesca organizzato da un ex deputato della Spd, Hermann Brill e denominato "Deutsche Volksfront", che dopo l'arresto dei suoi membri da parte della Gestapo continuò a operare nel campo di Buchenwald in concorrenza con il comitato organizzato dai comunisti.

¹⁵ Ivi, pp. 40-41. Cfr. E. Barkan, *The Guilt of Nations*, cit., pp. 3-29.

¹⁶ C. Goschler, *Schuld und Schulden*, cit., pp. 67-68.

¹⁷ A Est come a Ovest la percentuale dei perseguitati politici fra coloro che nell'immediato dopoguerra godono di assistenza si aggira intorno al 50 per cento.

¹⁸ C. Goschler, *Schuld und Schulden*, cit., pp. 125-126 alla sua guida fino al 1982 Nahum Goldmann. Cfr. E. Barkan, *The Guilt of Nations*, cit., pp. 3-29; M. Marrus, *Overview*, in C. Prager, T. Govier (a cura di), *Dilemmas of Reconciliation*, cit., pp. 27-36; R. Ludi, *Historical Reflections on Holocaust Reparations: Finished Business or an Example for Other Reparations Campaigns?*, in M. du Plessis, S. Peté (a cura di), *Repairing the Past?*, cit., pp. 119-143.

¹⁹ Cfr. C. Goschler, *Schuld und Schulden*, cit., pp. 122 e 215; C. Goschler, P. Ther (a cura di), *Raub und Restitution. "Arisierung" und Rückerstattung des Jüdischen Eigentums in Europa*, Fischer, Frankfurt a.M. 2003; H.G. Hockerts, C. Kuller (a cura di), *Nach der Verfolgung. Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in Deutschland*, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen 2003. Si ricordi però quanto Ben Gurion scriveva ad Adenauer in una lettera del 2 ottobre 1960, in cui si sottolineava l'eccezionalità dell'obbligazione morale assunta dal governo tedesco: "Although this was on your party only the fulfillment of a moral obligation, it is not every day that statesmen take upon themselves moral obligations. And just as Hitler's crime was, as far as my knowledge of human history goes, unique, so your moral act is unique" (cit. in H. Yablonka, *The State of Israel vs. Adolf Eichmann*, cit., p. 48).

²⁰ Per il resoconto di un protagonista della trattativa cfr. H.J. Abs, *Entscheidungen 1949-1953. Die Entstehung des Londoner Schuldenabkommens*, Hase & Koehler, Mainz 1991; per una ricostruzione storica dettagliata U. Robeck Jaschinski, *Das Londoner Schuldenabkommen. Die Regelung der deutschen Auslandsschulden nach dem zweiten Weltkrieg*, Oldenbourg, München 2005.

²¹ H.G. Hockerts, *Wiedergutmachung in Deutschland*, cit.; C. Goschler, *Schuld und Schulden*, cit., pp. 159-160: solo nel 1965 si arriva nella Brd alla legge-quadro sui risarcimenti (*Bundesentschädigungs-Schlussgesetz*).

²² C. Goschler, *Schuld und Schulden*, cit., pp. 413-414.

²³ Ivi, pp. 488-489. È naturalmente importante richiamare anche i fatti che stanno a monte di questa nuova congiuntura internazionale: la visita di Kohl in Israele nel 1984, la visita di Reagan al cimitero militare di Bitburg nel maggio 1985, seguita solo tre giorni dopo dal discorso di Richard von Weizsäcker, con il suo ampio resoconto delle vittime. Sulla questione delle riparazioni dopo il 1989 anche C. Paffrath, *Macht und Eigentum: die Enteignungen 1945-1949 im Prozess der deutschen Wiedervereinigung*, Böhlau, Köln 2004.

²⁴ Una proposta di 6 miliardi di marchi viene respinta, finché si arriva a dicembre a un accordo intorno alla cifra di 10 miliardi di marchi, metà a carico del governo e metà a carico dell'industria: in cambio il governo americano rilascia un inedito *Statement of Interest* che pone termine, con una *Legal Closure*, alle azioni intentate da soggetti americani contro l'industria tedesca: J. Kroh, *Transnationale Erinnerung. Der Holocaust im Fokus geschichtspolitischer Initiativen*, Campus, Frankfurt a.M. 2006, pp. 77-78; M.J. Bazyler, *Holocaust Justice. The Battle for Restitution in America's Courts*, New York University Press, New York 2003. Sul caso della Svizzera e dell'oro dei nazisti E. Barkan, *The Guilt of Nations*, cit., pp. 88-111.

²⁵ V. Heiskanen, *The United Nations Compensation Commission*, in Académie de droit international, *Recueil des Cours*, Paris 2002, vol. 296, pp. 255-397, conclude la sua accurata analisi osservando che, "if the promotion of compensation schemes such the Uncc will not become part of the *modus operandi* of the Security Council in similar situations, and if the Commission remains an exception rather than the rule, there may be reason for concern" (p. 390).

²⁶ E. Barkan, *The Guilt of Nations*, cit., pp. 3-30; Id., *Deserving and Undeserving Victims: Political Context and Legal Framework of Hard Cases of Reparation*, in AA.VV., *Out of the Ashes*, cit., pp. 83-103; M. du Plessis, *Reparations and International Law*, cit., pp. 147-148; R.G. Teitel, *Transitional Justice*, cit., pp. 119-147; M.C. Bassiouni, *Accountability for Violations of International Humanitarian Law and Other Serious Violations of Human Rights*, in Id. (a cura di), *Post-conflict Justice*, cit., pp. 3-54; J.C. Torpey, *Making Whole What Has Been Smashed*, cit.; R. Mani, *Reparation as a Component of Transitional Justice: Pursuing "Reparative Justice" in the Aftermath of Violent Conflict*, in AA.VV., *Out of the Ashes*, cit., pp. 53-82. Molti di questi contributi hanno tematizzato il problema della difficoltà di stabilire chi sono le vittime e chi i perpetratori e come si ripartiscono pretese e doveri. Fondamentale per la completezza del quadro informativo P. de Greiff (a cura di), *Hand book of Reparations*, Oxford University Press, Oxford 2006, che ospita anche un'ampia sezione di *Primary Documents and Legislation* (pp. 701-995).

²⁷ R.B. Bilder, *The Role of Apology in International Law*, e M. Freeman, *Historical Injustice and Liberal Political Theory*, in AA.VV. (a cura di), *The Age of Apology*, cit., rispettivamente pp. 14-30 e 45-60; R.L. Roy (a cura di), *When Sorry Isn't Enough: The Controversy over Apologies and Reparations for Human Injustice*, New York University Press, New York 1999.

²⁸ M. Berg, *Historical Continuity and Counterfactual History in the Debate over Reparations for Slavery*, in M. Berg, B. Schaefer (a cura di), *Historical Justice in International Perspective. How Societies are Trying to Right the Wrongs of the Past*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, pp. 69-70.

²⁹ E. Barkan, *The Guilt of Nations*, cit., pp. 30-31. La documentazione essenziale in P. de Greiff (a cura di), *Handbook of Reparations*, cit., pp. 835-855.

³⁰ E. Barkan, *The Guilt of Nations*, cit., pp. 46-47. Come si è già ricordato, il processo di Tokyo non chiamò i leader politici giapponesi a rendere conto dell'*organized sexual slavery* delle *comfort women*: Y. Totani, *The Tokyo War Crimes Trial*, cit., p. 14. Sull'evoluzione degli orientamenti delle corti nipponiche in materia di riparazioni per tali crimini W. Gao, *Overdue Redress: Surveying and Explaining the*

Shifting Japanese Jurisprudence on Victims' Compensation Claims, "Columbia Journal of Transnational Law", 45 (2007), pp. 529-550. David Cohen ha evidenziato una peculiarità della memoria di guerra giapponese, che ha mantenuto assai vivo il ricordo dei processi contro i criminali di guerra mentre i fatti che sono stati oggetto di quei processi sono stati largamente rimossi. In realtà si tratta di una forma di percezione selettiva piuttosto comune, che tradisce la tendenza a vedersi più nel ruolo di vittime che in quello di carnefici: D. Cohen, *Öffentliche Erinnerung und Kriegsverbrecherprozesse in Asien und Europa*, in C. Cornelissen, L. Klinkhammer, W. Schwentker (a cura di), *Erinnerungskulturen. Deutschland, Italien und Japan seit 1945*, Fischer, Frankfurt a.M. 2009, pp. 51-52.

³¹ Cfr. J.A. Kämmerer, J. Föh, *Das Völkerrecht als Instrument der Wiedergutmachung? Eine kritische Betrachtung am Beispiel des Herero-Aufstandes*, "Archiv des Völkerrechts", 42 (2004), pp. 294-328; S. Eicker, *Der Deutsch-Herero-Krieg und das Völkerrecht*, Lang, Frankfurt a.M. 2009.

³² Cfr. R. Robinson, *The Debt. What America Owes to Blacks*, Plume, New York 2001; R.L. Brooks, *Redress for Slavery – the African-American Struggle*, in M. du Plessis, S. Peté (a cura di), *Repairing the Past?*, cit., pp. 297-313; E. Bright Fleming, *When Sorry Is Enough: The Possibility of a National Apology for Slavery*, in AA.VV. (a cura di), *The Age of Apology*, cit., pp. 95-108; L. Balfour, *Act and Fact: Slavery Reparations as a Democratic Politics of Reconciliation*, in W. Kymlicka, B. Bashir (a cura di), *The Politics of Reconciliation in Multicultural Societies*, Oxford University Press, Oxford 2008, pp. 94-113; M. Berg, *Historical Continuity and Counterfactual History in the Debate over Reparations for Slavery*, cit. Polemico nei confronti della cultura dell'apology e dei tabù concernenti lo schiavismo, come pratica non esclusiva dell'Occidente, P. Bruckner, *La tyrannie de la pénitence*, cit.

³³ E. Barkan, *The Guilt of Nations*, cit., pp. 169-170; J. Angelo Corlett, *Reparations to Native Americans?*, in A. Jokić (a cura di), *War Crimes and Collective Wrongdoing*, cit., pp. 236-269.

³⁴ R.I. Rotberg, *Apology, Truth Commissions, and Intrastate Conflict*, in E. Barkan, A. Karn (a cura di), *Taking Wrongs Seriously*, cit., pp. 33-49; P. Kerstens, *"Deliver Us from Original Sin": Belgian*

Apologies to Rwanda and the Congo, in AA.VV. (a cura di), *The Age of Apology*, cit., pp. 187-201; L. Jamfa, *Germany Faces Colonial History in Namibia: A Very Ambiguous "I Am Sorry"*, ivi, pp. 202-215; E. Dahl, *Is Japan Facing Its Past? The Case of Japan and the Neighbors*, ivi, pp. 241-255; M.R. Marrus, *Papal Apologies of Pope John Paul II*, ivi, pp. 259-270.

³⁵ Cfr. M.D. Walters, *The Jurisprudence of Reconciliation: Aboriginal Rights in Canada*, in W. Kymlicka, B. Bashir (a cura di), *The Politics of Reconciliation in Multicultural Societies*, cit., pp. 165-191.

³⁶ Cfr. J. Luther, *Equamente riparare: come le vittime riscrivono il diritto* (in corso di pubblicazione).

9. Giustizia e verità

Le realtà storiche a cui si è fatto ripetutamente riferimento mostrano come i tribunali non siano in condizione di venire a capo di quella dimensione collettiva della colpa che inevitabilmente inerisce alla macrocriminalità politica. La tensione tra il concetto ampio di colpa proprio del comune senso di giustizia e il concetto di colpa rigorosamente individualizzato di un diritto penale garantistico mostra i limiti dell'elaborazione giudiziaria del passato. L'esigenza di venire incontro alla domanda di giustizia diffusa in una società di vittime rischia di mettere a repentaglio il sistema di garanzie di uno stato di diritto; d'altro canto, l'adozione di un concetto di colpa adeguatamente rispettoso di tale sistema di garanzie minaccia, a fronte dell'inestricabile intreccio di responsabilità di un apparato bellico o poliziesco macrocriminale, di far girare a vuoto la macchina giudiziaria o di causare una ricaduta nel conflitto. Di qui il ridimensionamento delle aspettative, anzi un sempre più diffuso scetticismo, nei confronti dell'elaborazione giudiziaria del passato. Il ridimensionamento dei processi chiede però compensazione. E questa compensazione va ricercata in misure che mettano al centro le vittime dell'ingiustizia e inducano i responsabili ad ammettere le proprie colpe, creando così le condizioni per una riconciliazione.

È per far fronte a queste difficoltà che, con quella che Huntington ha definito la "terza ondata della democratizzazione",¹ si è fatta strada la convinzione che nella politica del passato si dovessero adottare strategie più complesse, ricorrendo a misure non interamente addossabili al potere giudiziario: misure che la letteratura, come si è già rilevato, tende a compendiare nella formula "giustizia di transizione".² La pace non è considerata da questa letteratura come la preconditione della giustizia ma piuttosto è la giustizia a valere come condizione della pacificazione: soltanto sulla sua base si può conseguire la riconciliazione. Ora, il paradigma della riconciliazione poggia su tre pilastri: il diritto, l'economia, la religione. Esso funziona solo nella

misura in cui all'elaborazione giudiziaria del passato si accompagnino misure economiche redistributive a vantaggio delle vittime e un discorso pubblico dominato dal canone religioso del perdono. Alla *forma* giudiziaria devono unirsi i *contenuti* del risarcimento economico e di un'etica sorretta dalla fede nella redenzione dal peccato. La riconciliazione, in altri termini, non può essere ridotta a un sistema di norme statuite dall'alto, di regolamenti e di procedure.

Ritroviamo questi elementi alla base dell'esperimento innovativo costituito, nell'ultimo quarto del XX secolo, dalle Commissioni verità e riconciliazione. Proprio a partire dalle loro sperimentazioni si è sviluppato quel filone della *transitional justice* che ha come oggetto non astratte procedure normative ma la governance della transizione. In questi passaggi di regime, in cui si tratta di instaurare o restaurare le precondizioni della democrazia,³ le associazioni delle vittime e i soggetti politici che se ne fanno portavoce acquistano per la prima volta nella storia un ruolo politico di primo piano. E la domanda di giustizia delle vittime ha naturalmente rilevanza nel definire le linee guida delle politiche di transizione: essa implica il ridimensionamento del ruolo attribuito ai tribunali e ai processi. Chi propone la via delle Commissioni verità lo fa appunto nella convinzione che l'elaborazione giudiziaria del passato debba lasciare il posto a commissioni d'indagine chiamate a fare luce sull'accaduto senza pervenire alla criminalizzazione di una parte della società o alla condanna di singoli individui. Sotto questo profilo le Commissioni verità e riconciliazione possono essere viste come esperimenti per sanzionare giuridicamente quel patto di non aggressione su cui ogni democrazia deve originariamente fondarsi – una condizione che l'esercizio di una giustizia penale percepita come giustizia dei vincitori non è in grado di assicurare.

Dal patto di non aggressione che consente il negoziato sulle nuove regole costituzionali il percorso che conduce all'approdo di un senso di comune appartenenza e di una cultura politica capace di rendere operativo un ordinamento democratico è tuttavia lungo: e richiede il successo del processo di riconciliazione. Ma riconciliazione è un concetto dai contorni piuttosto vaghi.⁴ E a prima vista, il ricorso ai due termini fortemente evocativi a cui è associato – verità e giustizia – non sembra essere di grande aiuto. Che cosa s'intende per verità? Che cosa

per giustizia? La letteratura sulla *transitional justice* cerca di dare una risposta a queste domande. Occorre che si vada oltre la “verità processuale”, e oltre la “giustizia retributiva”. La narrazione corale degli eventi è quanto può venire incontro alla domanda di collettiva elaborazione del passato; ma il racconto dei fatti di per sé non basta, esso deve implicare l’istituzionalizzazione del momento della verità: la verità deve essere completa, proclamata ufficialmente ed esposta pubblicamente. In virtù di questa prospettiva la vittima esce dall’ombra, in cui un diritto penale concentrato sull’esecutore l’aveva per secoli relegata; e il carnefice si avvia su un sentiero di redenzione, accompagnato dalla secolare esperienza delle chiese in materia di istituzionalizzazione delle colpe e dei castighi.

In tale quadro si colloca quello che nella letteratura è sempre più spesso qualificato come vero e proprio cambio di paradigma dalla *retributive justice* alla *restorative justice*. La sua fortuna è legata all’avvento delle etiche dialogiche e del riconoscimento, a cui è sottesa una diversa concezione dell’agire sociale – che al momento strategico del conflitto e a quello autoritativo della pena sostituisce l’enfasi sulla dimensione comunicativa. La *restorative justice* o giustizia riparatrice persegue il fine della reintegrazione e della riconciliazione attribuendo un ruolo centrale alla capacità discorsiva delle vittime di violenti conflitti e grandi ingiustizie.⁵ La giustizia riparatrice è, in un certo senso, la giustizia che deve ricomporre i cocci di un ordine infranto. Ciò che la caratterizza dal punto di vista ideologico è la vocazione sincretistica: fallito il programma socialista della giustizia distributiva, ma in crisi di legittimità anche il programma liberale della giustizia commutativa e il progetto di disciplinamento penale della devianza a opera della giustizia retributiva, le società contemporanee sembrano faticosamente alla ricerca di un altro paradigma, che comunque integri questi momenti in un coerente quadro istituzionale di stabilizzazione della convivenza tra soggetti culturalmente eterogenei.

Riflettendo in particolare sull’esperienza delle Commissioni verità e riconciliazione del Sudafrica, i teorici della giustizia riparatrice muovono dall’assunto che il crimine è nella sua essenza la violazione dell’integrità di una persona da parte di un’altra persona (e solo secondariamente la violazione di norme giuridiche), dal che consegue che nel rispondere al crimine la nostra preoccupazione primaria deve

consistere a) nel rendere il responsabile consapevole delle conseguenze dei suoi atti, b) nel decidere le modalità della riparazione attraverso un processo collettivo che coinvolga attori, vittime e spettatori (in quanto appartenenti alla comunità di riferimento), c) nel fare ogni sforzo per ristabilire relazioni umane tra persecutori e vittime nel quadro di un processo di riconciliazione nazionale.⁶ È indubbio del resto che la graduale trasformazione dal tradizionale paradigma retributivistico (che fa leva sulla funzione repressiva del diritto) al nuovo paradigma delle riparazioni e della riconciliazione ha a che fare anche con l'asimmetria delle politiche del passato: le generazioni dei carnefici, dopo sessanta-ottant'anni, sono estinte e non si può ovviamente pensare a una continuazione dell'elaborazione giudiziaria del passato processando anche i discendenti; le vittime non hanno vita più lunga, ma i risarcimenti e le riparazioni simboliche possono andare anche ai loro discendenti.

L'approdo alla giustizia riparatrice è stato da più parti rivendicato come un progresso giuridico e morale. Ma può essere anche interpretato (se lo si considera dall'osservatorio della modernità giuridica occidentale) come un regresso all'arcaico, a una condizione d'indistinzione o di vera e propria confusione tra ambiti della giustizia che l'evoluzione giuridica aveva differenziato ma che ora, anche in virtù della loro diffusa delegittimazione, avvertono la necessità di integrarsi per sostenersi a vicenda. In effetti questa categoria non si lascia semplicemente ricondurre alla classica tripartizione aristotelica di giustizia distributiva, commutativa e retributiva, anche se si può plausibilmente argomentare che essa include al suo interno tutte queste componenti (e può apparire in primo luogo come una modalità retroattiva di giustizia distributiva).⁷ Per la sua irriducibilità a una procedura formalizzata la giustizia riparatrice richiama modelli arcaici, in particolare l'antico modello ebraico di ricomposizione dei conflitti (il *ryb*). Nel diritto ebraico, il *ryb* è una forma di microgoverno del contenzioso che non mira alla punizione del colpevole ma a comporre la controversia attraverso il riconoscimento del torto compiuto, il perdono e quindi la riconciliazione. Suoi obiettivi sono la pace e il ristabilimento di un legame comunitario incrinato dal torto commesso e subito.⁸

Se sul piano teorico la contrapposizione tra *retributive justice* e

restorative justice è netta, sul piano storico e su quello empirico le cose appaiono dunque più sfumate. Come è difficile negare che, nonostante la concentrazione sull'esecutore dell'atto criminale, la giustizia retributiva abbia da sempre svolto anche la funzione di "assolvere la vittima" dal generalizzato sospetto di corresponsabilità, così è indubbio che intenzioni e misure di giustizia riparatrice hanno caratterizzato pure in altre epoche processi di transizione. Anche per quanto concerne le pratiche della riconciliazione, la scorza nuova ricopre un tronco antico, ed è difficile non vedere come fin dall'antichità siano state messe in atto politiche della riconciliazione che per legittimarsi si avvalevano degli ingredienti ideologici della verità e della giustizia.

Ciò che sempre però la letteratura documenta è l'estrema problematicità degli sforzi di riconciliazione. L'ostacolo principale è costituito dall'uso fraudolento dei patti e dalla ricerca dell'impunità. Anche qui, in riferimento alla guerra civile che dilaniava le *poleis* greche, la testimonianza di Tucidide è eloquente: "Gli impegni da loro assunti reciprocamente", leggiamo in una pagina delle *Storie*, "erano garantiti non dalla legge divina, ma dalla complicità nell'oltraggio alla legge. Le proposte buone degli avversari le accettavano per salvaguardarsi con i fatti nel caso prendessero il sopravvento, e non per nobiltà d'animo. Poter vendicare un torto valeva più che non averne subito. E se mai vi erano giuramenti di riconciliazione, erano pronunciati da entrambe le parti perché non si vedeva via d'uscita e non valevano che per il momento, non avendo i contraenti alcun altro modo di aiutarsi, ma, offrendosi l'occasione, il primo che prendeva coraggio, nel caso vedesse il suo avversario indifeso, esercitava la vendetta, approfittandosi della fiducia, con piacere maggiore che a viso aperto, in considerazione e della propria sicurezza, e del fatto che in più si aggiudicava il premio dell'intelligenza, spuntandola grazie a un inganno. I più si fanno chiamare più volentieri furfanti, ma abili, che onesti, ma poco perspicaci: di una cosa si vergognano, dell'altra si vantano".⁹

Considerazioni ancor più specifiche le possiamo trarre da un altro esempio classico, desunto dal sesto libro della *Romaike archaiologia* di Dionisio di Alicarnasso, e relativo a quell'episodio della storia romana noto con il nome di secessione della plebe – a proposito del quale si è soliti richiamare, a illustrazione della visione organicistica

della società dominante nel mondo premoderno, il celebre apologo di Menenio Agrippa. Ma la ricostruzione di Dionisio, sia pure attraverso il medium retorico dei discorsi esemplari, contiene ben altro e dà conto dei conflitti e delle mediazioni di un processo che non può definirsi altrimenti che “giustizia di transizione”. Anche in questo caso, a essere in gioco sono la veritiera ricostruzione dei fatti e la volontà di adottare misure di giustizia riparatrice, la domanda di amnistia e la lotta per l’impunità.

Agli ambasciatori del Senato L. Giunio Bruto oppone che a una vera riconciliazione tra i patrizi e la plebe si può pervenire solo mediante una negoziazione che abbia come presupposto il ristabilimento della verità dei fatti e come fine la realizzazione di un assetto di giustizia (in primo luogo distributiva). Ecco la sua argomentazione: “Ebbene, se noi abbiamo qualche colpa nei vostri confronti, *non vogliamo né l’impunità né il perdono*. E non vorremo proprio condividere ancora la città con voi, ma ci stabiliremo dove ci conduca il destino, affidandoci alla guida della sorte e dei numi. Ma se siamo stati costretti a sperimentare questa situazione nella quale ci troviamo per colpa vostra, perché non convenite che, essendo voi colpevoli verso di noi, siete voi ad aver bisogno di indulgenza e di perdono? Ora invece dite di concederci quel perdono, che voi dovete chiedere, e vi vantate come se ci risparmiaste la vostra ira, mentre siete voi che cercate di essere risparmiati, *mistificando l’essenza della verità e stravolgendo il significato della giustizia*”.¹⁰ Da queste formulazioni appare evidente la difficoltà di sbloccare una situazione nella quale le fazioni contrapposte pretendono di essere dalla parte della ragione, difficoltà accresciuta dall’assenza di un *tertius super partes* capace di promuovere la riconciliazione – uno degli elementi caratterizzanti dei processi contemporanei di giustizia di transizione va ravvisato invece nella presenza di attori di questo genere, sia all’interno (di norma istituzioni religiose o chiese) sia all’esterno (la comunità internazionale variamente organizzata e variamente influente). È interessante inoltre osservare come qui una tipica modalità di epurazione, il bando, venga utilizzata come risorsa strategica per convincere la controparte a cedere – un’altra differenza rispetto a costellazioni contemporanee, dove la saturazione sociale renderebbe una simile minaccia del tutto ininfluyente e dove invece l’espulsione di popolazioni dal territorio nazionale è

spesso usata come strumento di pressione e ricatto internazionale (da ultimo la Libia di Gheddafi).

Dalla replica di Menenio Agrippa alle istanze espresse da Bruto si evincono altri indizi circa i contenuti del *bargaining* avente come oggetto la giustizia di transizione – si tratta eminentemente di remissioni dei debiti, condoni, amnistie. “Riflettendo che ogni ribellione in ogni stato si cura con il rimuovere le cause che hanno provocato la discordia, ci è sembrato necessario esaminare e far cessare le motivazioni che stanno all’origine del disaccordo. Abbiamo trovato dunque che le riscossioni dei crediti rigidamente regolate sono state la causa dei guai attuali e abbiamo fatto questa riforma: noi pensiamo che sia giusto che coloro che hanno preso del denaro a prestito e che non possono pagare siano tutti assolti dai loro debiti. E se qualcuno in ritardo nei pagamenti è incalzato dalle scadenze fissate dalla legge, noi stabiliamo che anche questi siano liberi. E quanti, condannati in cause private, sono stati consegnati alla controparte vincente, vogliamo che anche questi siano liberi e abrogiamo la loro condanna” (VI, 83, 4). Trovato il consenso sui contenuti dell’accordo, esso dovrà tradursi in norme legislative ed essere sancito da un patto: qui interviene il giuramento come “sacramento del potere” (VI, 84, 1-3).¹¹ Giuridificazione da un lato, sacralizzazione (dunque appello alla trascendenza o comunque a qualcosa di indisponibile, come, nel contesto di una cultura secolarizzata, la dignità e i diritti dell’uomo) dall’altro, sono gli elementi che ritroviamo a conclusione di ogni processo di transizione.

E li ritroviamo, appunto, facendo un salto di millenni. Dove il quadro normativo è definito dalle istituzioni dello stato di diritto democratico, la negoziazione intorno alle ingiustizie sofferte e alle riparazioni richieste assume naturalmente altra connotazione procedurale.¹² Due variabili in particolare rivestono qui un’importanza fondamentale: il riconoscimento egualitario dei diritti individuali (di tutti gli individui, non solo di specifici gruppi sociali o categorie di cittadini) e l’affermazione del carattere costitutivo per la democrazia del principio di trasparenza. Il patto di non aggressione che per un ordinamento democratico è alla base di ogni altra pattuizione costituzionale assume il carattere ulteriore di patto di riparazione. Per quanto l’aspettativa di ridare, attraverso la ricostruzione della verità,

unità a una nazione divisa sia fragile e arduo il compito di amalgamare memorie diverse e divergenti, tra pace, verità e giustizia sussiste un nesso che le teorie costituzionali contemporanee non hanno fatto che ribadire come irrinunciabile.

Presupposto della riconciliazione è dunque che si faccia luce sull'accaduto, attraverso l'istituzione di quelle che sono state chiamate Commissioni verità. Si tratta di esperimenti istituzionali avviati nel corso degli anni ottanta e che si sono moltiplicati e hanno dato risultati nel decennio successivo, a partire dalla Comisión nacional para la desaparición de personas in Argentina (1983-1984), la Comisión nacional para la verdad y reconciliación in Cile (1990-1991), le commissioni sudafricane, in particolare la Truth and Reconciliation Commission (1995-1998): molte altre hanno poi seguito l'esempio, per quanto si debbano anche annoverare casi in cui una molteplicità di fattori ha impedito che si mettesse mano alla pur necessaria chiarificazione del passato.¹³ Nonostante le diversità dei contesti generatori e le differenze nell'attuazione, tutte queste istituzioni presentano le seguenti caratteristiche comuni: 1. analizzano il passato, 2. forniscono un quadro complessivo delle violazioni dei diritti, 3. hanno un arco di vita limitato, che si conclude con la presentazione di un rapporto, 4. hanno accesso privilegiato alle informazioni e sono protette durante le indagini.¹⁴ A differenza dei procedimenti giudiziari (e, sul versante opposto, delle amnistie), le conclusioni stilate nei rapporti in realtà lasciano aperti tutti gli sviluppi, salvo quello della rimozione (dimenticare non è più consentito laddove esiste una verità riconosciuta consensualmente). La loro funzione primaria consiste comunque nell'affermazione di un'identità collettiva capace di volontà politica e di rigenerazione morale.

La richiesta di Commissioni verità ha caratterizzato in particolare l'esperienza dell'America latina, dove l'ingiustizia andava sul conto della criptopolitica e del terrorismo di stato praticato dai servizi segreti di dittature militari.¹⁵ Dove il regime politico si è divaricato nell'esistenza di istituzioni parallele, configurando quello che in relazione alla dittatura nazionalsocialista era stato definito da Ernst Fraenkel "doppio stato", la magistratura si vede sottratto il controllo dei settori strategici dell'apparato repressivo, che si muovono ormai al di fuori della legalità. Rientra nella natura del "doppio stato" post-

totalitario albergare sotto le parvenze di un ordinamento quasi democratico (o a democrazia controllata o a democrazia temporaneamente sospesa) un altro ordinamento, che è in fondo un'organizzazione criminale in regime d'impunità. Lo smantellamento delle barriere pseudolegali che impediscono l'accesso alla verità è in questo caso la preconditione perché il meccanismo giudiziario possa rimettersi in moto. A questo fine serve però una mobilitazione della società civile e il recupero dell'iniziativa politica da parte delle rappresentanze popolari.

Come il processo alla Junta militar argentina è il primo rilevante processo per gravi crimini politici (democidio) dopo Norimberga, così la Commissione verità argentina (Comisión nacional para la desaparición de personas) è quella che propriamente inaugura la serie delle commissioni verità (di quelle che avrebbero avuto un ruolo strategico nel processo di transizione alla democrazia). La relazione che concluse i suoi lavori, e che nel 1985 venne pubblicata con il titolo *Nunca más*, non tardò a diventare uno dei punti di riferimento fondamentali per gli attivisti dei diritti umani in diverse parti del mondo. Essa costituisce un precedente importante anche in un altro senso, essendo stata seguita a breve anche da processi: a dimostrazione del fatto che Commissioni verità e procedimenti giudiziari non sono reciprocamente esclusivi ma possono combinarsi e operare in sinergia.¹⁶ La Commissione verità cui si deve l'adozione di una denominazione che ha avuto fortuna e cui si può attribuire il maggior successo è poi quella cilena (Comisión nacional para la verdad y reconciliación), istituita dal presidente Aylwin nel 1990, con un mandato limitato a far luce sugli omicidi e sulle sparizioni. Questa commissione ha lavorato, nonostante le intimidazioni che provenivano dagli ambienti militari, in modo sorprendentemente rapido, indagando in soli nove mesi su 3400 casi: i suoi risultati sono stati resi pubblici nel febbraio 1991. L'esecutivo ha raccolto molte sue proposte, in particolare quella relativa all'istituzione di un'agenzia nazionale della riconciliazione dotata di mezzi adeguati e possibilità d'intervento.¹⁷ Per le sue dimensioni (uno staff di 500 persone, che ha raccolto le testimonianze di 17.000 vittime, e un budget di oltre 13 milioni di dollari) la Commissione verità e riconciliazione peruviana è stata infine la terza per ordine d'importanza del continente americano.

Ma la fortuna della sigla Trc è legata all'esistenza della Commissione verità e riconciliazione sudafricana, che ha operato tra il 1996 e il 2001 sotto la presidenza del vescovo anglicano Desmond Tutu. Istituita nel 1995 dal *Promotion of National Unity and Reconciliation Act n. 34* a conclusione di un lungo processo di "rivoluzione negoziata", e composta da 17 membri, di cui 6 bianchi, essa aveva competenza d'indagare sulle violazioni dei diritti umani che avessero avuto luogo tra il 1° marzo 1960 e il 6 dicembre 1993 (un arco di tempo superiore a quello di tutte le altre che l'avevano preceduta). Nel caso sudafricano la via dei processi era impraticabile: distrutte le prove dei crimini commessi in regime di *apartheid*, nulla la disponibilità a cooperare o a confessare, in mano ai bianchi il sistema della giustizia, per cui l'accusa di processi-farsa sarebbe stata assicurata.¹⁸ Avvalendosi di un dispositivo complesso, risultato dell'articolazione in tre comitati (per le violazioni dei diritti, per l'amnistia e per le riparazioni), si è cercato pertanto di dar vita a un modello procedurale che assicurasse innanzitutto le basi conoscitive per un'elaborazione del passato, offrisse la possibilità di garantirsi la collaborazione del maggior numero di individui coinvolti e ponesse le condizioni per una politica di riparazione dei torti.¹⁹ Del procedimento messo in atto dalle Commissioni verità e riconciliazione faceva parte – come preconditione per neutralizzare la spirale della vendetta – il dispositivo dell'amnistia, in quella specifica variante che sola risulta compatibile con gli standard del diritto internazionale umanitario e del diritto costituzionale di uno stato democratico, e che, come prima si è visto, è stata definita *accountable amnesty*, perché implica comunque la preliminare assunzione di una colpa.²⁰

Contro la tesi che gli accordi di pace sono semplicemente il prodotto di negoziazioni tra le *élites*, si è giustamente argomentato che il caso del Sudafrica è una convincente esemplificazione di come, per quanto importante sia l'iniziativa delle *élites* (e di personalità carismatiche) nell'avvio e nella conduzione delle trattative, la tenuta delle intese possa essere garantita solo dal consenso e dall'approvazione comunitaria. Il ruolo di soggetti motivati religiosamente risulta fondamentale a questo fine. La componente religiosa, simbolizzata dalla presidenza della Commissione da parte del vescovo anglicano Desmond Tutu, per questa ragione è stata

considerata decisiva da molti interpreti: essa ha operato nella generazione di un rimorso collettivo, nella ricostituzione dell'identità delle vittime attraverso la restituzione della loro dignità e nell'amministrazione delle interazioni comunicative e della funzione terapeutica dell'intero processo.²¹ Il retroterra religioso della Trc ha così consentito di mostrare come non fosse impossibile dare al perdono una dimensione comunitaria, come il perdono presupponesse e non escludesse la memoria, e come dalla pratica discorsiva potesse nascere la volontà del riscatto.

Il bilancio di questa esperienza, che fonde insieme procedimento giudiziario, inchiesta storica, pratica della confessione e perdono negoziato, è apparso a molti tanto positivo da poter essere additato come terza via rispetto alla soluzione, in larga misura moralmente (prima che giuridicamente) improponibile, delle amnistie, e alla soluzione, per i grandi numeri impraticabile, dei processi.²² Si è messo in luce come lo stesso castigo non fosse escluso dalla pratica della Commissione, ma “parte del suo stesso codice di trasparenza, della pubblicità degli atti, della partecipazione collettiva alle sue udienze”.²³ A dire il vero, però, il comitato con le competenze più estese (e dotato di effettivo potere) è risultato essere proprio quello sull'amnistia, che poteva prendere decisioni giuridicamente vincolanti (per il Parlamento e per il presidente), mentre le altre commissioni avevano soltanto una funzione consultiva e propositiva (tant'è che molte delle raccomandazioni da esse formulate sono rimaste lettera morta).²⁴ Andrebbe inoltre rilevata la delusione delle vittime per le deposizioni: molte di esse dovettero lamentare di non essere state informate del loro esito. Anche se molte centinaia di domande di amnistia vennero respinte, egualmente scandalosi appaiono al lettore dei verbali molti casi di concessione dell'amnistia (per esempio quello concernente un noto torturatore della polizia sudafricana, Jeffrey Benzien).²⁵ I grandi responsabili e gli ideologi del sistema dell'*apartheid*, infine, non si presentarono a deporre. Nel 1998, per la prima volta nella storia del Sudafrica, fu avviato un procedimento contro un ex capo di stato, il presidente Pieter W. Botha, accusato di non essersi presentato alla convocazione della Trc e di averla boicottata: il procedimento si concluse però con la condanna a una modesta pena pecuniaria.

Anche andando al di là del caso sudafricano, sulle Commissioni

verità non ha tardato a coagularsi negli ultimi anni un diffuso consenso nell'opinione pubblica internazionale: l'ideologia che le ispira, in effetti, sembra da un lato radicarsi in pratiche discorsive presenti e funzionanti in società tradizionali a basso tasso di giuridificazione, dall'altro, venire incontro a quell'orientamento normativo del paradigma della comunicazione che nel corso degli ultimi decenni ha egemonizzato scienze sociali e discorsi pubblici nelle democrazie occidentali – ed è evidente che l'Organizzazione delle nazioni unite possa fornire l'ideale punto di incontro e di fusione di tali tendenze. Nell'agire delle Commissioni si fondono e condensano processo, epurazione, riparazione, amnistia, perdono. La loro funzione consiste nell'infrangere il silenzio ufficiale sui crimini passati, ricostruire i fatti in modo da soddisfare il più possibile la domanda di verità delle vittime, individuare modalità ragionevoli di punizione dei colpevoli, porre fine alla catena delle vendette, trasformando la logica della violenza in pratica discorsiva istituzionalizzata, restituire dignità alle vittime, assicurare assistenza psicologica a vittime, esecutori e testimoni, in modo da favorire la riconciliazione sociale, fornire assicurazioni che quei fatti non si ripeteranno in futuro, e fornire pertanto le basi per il consolidamento di un regime democratico fondato sul rispetto dei diritti umani.²⁶

Tuttavia non si dovrebbe sorvolare sul fatto che il ricorso a queste pratiche può essere facilmente strumentalizzato da chi non aspiri ad altro che a scongiurare la resa dei conti con la giustizia e a perpetuare la condizione d'impunità. Per quanto in buona fede possano essere molti suoi sostenitori, la strategia delle Commissioni verità e riconciliazione finisce spesso per fungere da variante *soft*, per così dire *politically correct*, di una politica dell'impunità: un'impunità ottenuta in questo caso attraverso il riconoscimento simbolico delle vittime. Nel caso sudafricano notevoli sono stati gli sforzi (e significativi i risultati conseguiti) per impedire che confessioni parziali, e dunque reticenti, consentissero la fruizione dell'amnistia (infatti gran parte delle domande di amnistia non ha avuto seguito); ma in altre realtà i cedimenti alla prassi dell'impunità sono stati maggiori; e comunque anche sull'esperienza sudafricana le preoccupazioni nei confronti di un uso perverso delle procedure non sono mancate.²⁷

È naturalmente presto per stabilire quali prospettive di successo

possano essere attribuite alle politiche ispirate da questi principi, anche perché il gran numero di casi non consente, in presenza di esiti anche molto divergenti, un bilancio unitario.²⁸ Ma a tre problemi è necessario fare riferimento. Il primo riguarda la dimensione materiale: laddove manchi la volontà politica e non siano messe a disposizione le risorse per attuare un vincolante programma di risarcimento delle vittime, il potenziale simbolico di reintegrazione rischia nel medio-lungo periodo di capovolgersi nel suo opposto.²⁹ Già nel 1996 Graeme Simpson, direttore del Centre for the Study of Violence and Reconciliation, metteva in guardia, in riferimento alla realtà sudafricana, da ogni visione “romantica” della transizione, osservando che questa avrebbe avuto successo solo se la ricostruzione e lo sviluppo economico si fossero accompagnati agli sforzi di riconciliazione e di integrazione democratica.³⁰ Del resto, non si dovrebbe dimenticare che la vicenda piuttosto eccezionale di una minoranza etnica dominante che abdica spontaneamente al potere non può spiegarsi che a partire dalla situazione economicamente privilegiata del Sudafrica, che rese possibile letteralmente “comprare” la disponibilità al compromesso delle componenti più radicali.³¹

La direzione in cui si è sviluppato il dibattito sulla giustizia di transizione nel corso degli ultimi anni, procedendo per progressiva estensione delle pretese normative, ha ormai sufficientemente chiarito la dimensione del problema. Una volta riconosciuto che la resa dei conti giudiziaria (*stay the hand of vengeance!*) è solo il primo passo, e che le Commissioni verità e riconciliazione (*stay the hand of justice!*) sono un passo ulteriore ma ancora insoddisfacente, restando le competenze di queste ultime materialmente e cronologicamente circoscritte (gravi violazioni dei diritti umani commesse in un periodo delimitato), la battaglia per la giustizia riparatrice si sposta a quelle situazioni di disuguaglianza, esclusione e prevaricazione che costituiscono le precondizioni strutturali dei conflitti e delle repressioni causa di tali violazioni dei diritti. L'enormità del compito a questo punto potrebbe trovare rappresentazione in una formula paradossale (che esprime l'idea regolativa, e con ciò stesso utopica, della giustizia di transizione): si tratta in fondo di fermare la mano invisibile della violenza strutturale e dell'ingiustizia storica.

Il secondo problema, di natura specificamente giuridica, riguarda

il conflitto tra processi e amnistia. La via delle Commissioni verità e riconciliazione può essere interpretata come un metodo, certo oneroso, per individualizzare l'amnistia, conferendole quella legittimità che, nel contesto del diritto costituzionale e internazionale umanitario, non potrebbe più avere nella forma di un provvedimento generalizzato di cancellazione delle colpe. Ma essa pregiudica la possibilità di un'elaborazione giudiziaria del passato che abbia come oggetto la macrocriminalità sistemica di un regime che per decenni si sia reso responsabile di gravi violazioni di diritti umani; e costituisce un precedente, passibile di fraudolenta utilizzazione strategica, per qualsiasi gruppo di potere in difficoltà che voglia liberarsi a basso costo del pesante fardello del passato. La rinuncia a misure retributive finisce per aprire la via alla tolleranza dell'impunità. Anche qui il caso sudafricano evidenzia la fragilità della soluzione adottata. E non può essere meccanicamente applicato a situazioni diverse.³²

Va tenuto infatti presente che la via della riconciliazione, quando non sia semplicemente la conseguenza dell'impraticabilità di altre soluzioni, presuppone che la colpa sia condivisa collettivamente, vale a dire che la responsabilità per pesanti violazioni dei diritti umani gravi su tutte le parti coinvolte nel conflitto, come di norma accade in una guerra civile. Ernesto Garzón Valdés ha ragione nel rilevare che questa paritaria attribuzione della colpa non può essere postulata nei casi di terrorismo di stato, che configurano un "sistema asimmetrico di violenza", in cui isolati episodi d'illegalità dal basso vengono assunti a pretesto per perseguire con politiche democidarie un'opposizione legittima – come è avvenuto nella maggior parte dei regimi repressivi dell'America latina.³³ In questi casi l'unica via moralmente, giuridicamente e politicamente raccomandabile e doverosa resta quella dell'applicazione delle leggi penali vigenti e del rispetto delle obbligazioni internazionali. La politica della riconciliazione non può diventare un surrogato dell'amnistia e le Commissioni verità non debbono trasformarsi in uno strumento per la dispersione e la collettivizzazione della colpa. La democrazia costituzionale istituita a garanzia dei diritti è figlia dell'individualismo moderno; e all'individualismo paga il suo tributo anche il diritto penale nell'accertare e sanzionare le responsabilità.

Il terzo problema concerne la riconciliazione come equivalente sul

piano collettivo del perdono nell'ambito privato. Va infatti considerato che il perdono costituisce l'atto di un individuo nei confronti di un altro individuo o di un gruppo relativamente ridotto di individui: l'elemento personale e spontaneo di questa pratica è essenziale per la sua definizione.³⁴ Singolarmente la vittima può perdonare il suo torturatore. Le cose stanno diversamente nel caso di processi collettivi.³⁵ La riconciliazione presuppone il reciproco riconoscimento e quindi un rapporto di simmetria tra le parti. Questo riconoscimento, già di per sé problematico quando si confrontano tra loro vittime e aguzzini, viene però pregiudicato quando il costo della riconciliazione consista nell'impunità dei criminali di stato.

L'analisi comparativa delle diverse esperienze – africane e latinoamericane – di politiche della verità, a dire il vero, non fornisce elementi per affermare che questa sia la via più promettente della giustizia nella transizione.³⁶ Di fronte alla paralisi della giustizia o al rischio di un'inflazione ingovernabile del contenzioso giudiziario, la soluzione delle politiche di riconciliazione a partire dalla ricostruzione del passato può essere una strategia senza alternative. Ma i costi giuridici e morali che essa presenta sono comunque alti. I giuristi criticano il fatto che sia stato dato corso a racconti senza troppa precisione negli addebiti, molte vittime si lamentano che sia stata prestata attenzione soltanto alle violazioni più gravi.³⁷ Tuttavia le Commissioni verità, ribadiscono i loro sostenitori, non hanno solo una funzione strumentale di accertamento delle verità di fatto – in questo i tribunali sono sicuramente più adatti –, ma devono funzionare da grande laboratorio di assunzione di consapevolezza della colpa. Sono istituzioni per elaborare la colpa a livello individuale e collettivo neutralizzandone al tempo stesso gli effetti politici.

L'orientamento alla ricerca di soluzioni locali, nel senso di un diritto all'autodeterminazione delle politiche del passato, è stato naturalmente rafforzato anche dal riconoscimento che l'attivismo internazional-penalistico dell'Onu si veniva accompagnando (e non è stata mera coincidenza cronologica) a un crescente interventismo militare ("umanitario"). L'amplessissima letteratura sull'esportazione della democrazia è ormai approdata a conclusioni difficilmente confutabili. Comune a tutte le missioni è il fatto che per il consolidamento della pace si sia perseguita una strategia di rapida democratizzazione e

liberalizzazione: obiettivo condivisibile, ma la cui forzata accelerazione (dettata inevitabilmente da ragioni di politica interna di tutti i soggetti politici coinvolti) ha conseguenze destabilizzanti. Per avere successo, gli attori internazionali devono prendere congedo dall'idea che stati sconvolti dalla guerra si lascino rapidamente ricostituire e devono preliminarmente puntare sul consolidamento dell'apparato istituzionale sotto il profilo dell'efficienza. La politica dell'intervento è tuttavia inevitabilmente confrontata con una serie di dilemmi, che hanno comunque a che vedere con il fatto che il diritto all'autodeterminazione politica viene, durante e dopo l'intervento, sistematicamente violato: per quanto gli attori esterni si sforzino di adottare una strategia del *light footprint* la dimensione dei problemi da affrontare li spinge fatalmente ad appesantire (anche con politiche sanzionatorie) le ingerenze, favorendo in questo modo sia le resistenze dei sostenitori del vecchio regime sia la radicalizzazione del processo di democratizzazione che si vorrebbe incanalare verso un esito di moderazione.³⁸

NOTE

¹ S.P. Huntington, *La terza ondata. I processi di democratizzazione alla fine del XX secolo*, il Mulino, Bologna 1995.

² T.D. Olsen, L.A. Payne, A.G. Reiter, *Transitional Justice*, cit., pp. 16-17, distinguono tra *maximalist* (i processi), *minimalist* (le amnistie) e *moderate approach* (le *truth commissions* come *second best*) all'elaborazione del passato. "Truth commissions, under a moderate perspective, document past atrocity, thereby establishing accountability and condemning human rights violations, while simultaneously avoiding prosecutions that might mobilize antidemocratic forces" (p. 21).

³ Senza pretesa di completezza, ma a documentazione di una vera e propria inflazione di contributi nell'ultimo decennio: N.J. Kritz (a cura di), *Transitional Justice*, cit.; R.G. Teitel, *Transitional Justice*, cit.; M.Ch. Bassiouni (a cura di), *Postconflict Justice*, cit.; J. Torpey, *Politics and the Past. On Repairing Historical Injustices*, cit.; C.A.L. Prager, T. Govier (a cura di), *Dilemmas of Reconciliation*, cit.; C.L. Sriram, *Confronting Past Human Rights Violations*, cit.; S. Noel (a cura di), *From Power Sharing to Democracy. Post-conflict Institutions in Ethnically Divided Societies*, McGill-Queen's University Press, Montréal 2005; N. Roht-Arriaza, J. Mariezcurrena (a cura di), *Transitional Justice*, cit.; P. Rothfield, C. Fleming, P.A. Komesaroff (a cura di), *Pathways to Reconciliation. Between Theory and Practice*, Ashgate, Aldershot 2008; J.R. Quinn (a cura di), *Reconciliation(s)*, cit.; C. Steenkamp, *Violence and Postwar Reconstruction. Managing Insecurity in the Aftermath of Peace Accords*, Tauris, London 2009; H. van der Merwe, V. Baxter, A.R. Chapman (a cura di), *Assessing the Impact of Transitional Justice. Challenges for Empirical Research*, United States Institute of Peace Press, Washington 2009; R. Shaw, L. Waldorf (a cura di), *Localizing Transitional Justice*, cit.; T.D. Olsen, L.A. Payne, A.G. Reiter, *Transitional Justice*, cit.

⁴ Cfr. V. Strassner, *Versöhnung und Vergangenheitsaufarbeitung – Ein Vorschlag zur Begriffsbestimmung und Konzeptionalisierung*, in S. Schmidt, G. Pickel, S. Pickel (a cura di), *Amnesie, Amnestie oder*

Aufarbeitung?, cit., pp. 23-36. Sui problemi della riconciliazione C.A.L. Prager, T. Govier (a cura di), *Dilemmas of Reconciliation*, cit.; P. Rothfield, C. Fleming, P.A. Komesaroff (a cura di), *Pathways to Reconciliation. Between Theory and Practice*, cit.; J.R. Quinn (a cura di), *Reconciliation(s)*, cit.

⁵ Il termine non è di univoca o inequivocabile traduzione: di giustizia “riparativa” parla Susanna Vezzadini, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, Clueb, Bologna 2006, pp. 137-138: “1) la giustizia riparativa è interessata alla riparazione, anche simbolica, del danno inflitto alla vittima e a tutta la comunità violata dal gesto dell’offensore, attribuendo maggiore rilevanza alla capacità dell’autore del reato di operare in favore della persona offesa anziché alla punizione di colui che ha trasgredito la norma [...]; 2) la giustizia riparativa sottolinea l’importanza della figura e del ruolo della vittima durante tutto il procedimento penale, potenziandone il coinvolgimento e prevedendo una serie di servizi in suo favore; 3) la giustizia riparativa richiede che l’offensore si percepisca come direttamente responsabile dell’atto commesso di fronte alla vittima e alla comunità, incoraggiando un confronto personale fra le parti; 4) la giustizia riparativa stimola l’intera comunità a essere partecipe rispetto all’accaduto, incentivando risposte volte alla cura dei bisogni delle vittime e favorendo quelle condizioni sociali e relazionali che possono contribuire alla riparazione del danno da parte dell’offensore e al suo reinserimento sociale. Pertanto, la gestione comunicativa e su base comunitaria del conflitto dovrebbe favorire, inoltre, il rafforzamento degli standard morali e il contenimento dell’allarme sociale”. Cfr. G. Johnstone, *Restorative Justice. Ideas, Values, Debates*, Willan, Cullompton (Darton) 2002 e Id. (a cura di), *A Restorative Justice Reader. Texts, Sources, Context*, Willan, Cullompton (Darton) 2003. Inoltre J. Braithwaite, *Restorative Justice & Responsive Regulation*, Oxford University Press, Oxford 2002; J. De Gruchy, *Reconciliation. Restoring Justice*, Philip, Cape Town 2002; E.G.M. Weitekamp, H.-J. Kerner (a cura di), *Restorative Justice in Context. International Practice and Directions*, Willan, Cullompton (Darton) 2003; L. Walgrave (a cura di), *Repositioning Restorative Justice*, Willan, Cullompton (Darton) 2003; P. de Greiff, *Justice and Reparations*, in Id. (a cura di), *Handbook of Reparations*, cit., pp. 451-477; M. Zernova, *Restorative Justice. Ideals and Realities*,

Ashgate, Aldershot 2007. M. Minow, *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., p. 22: “The striking prevalence of therapeutic language in contemporary discussions of mass atrocities stands in contrast to comparable debates fifty years ago”.

⁶ G. Johnstone, *Restorative Justice. Ideas, Values, Debates*, cit., p. IX. Per la necessaria contestualizzazione storica e per approfondimenti teorici cfr. M. Flores, *Verità senza vendetta*, cit.; R. Rotberg, D. Thomson (a cura di), *Truth vs. Justice. The Morality of Truth Commissions*, Princeton University Press, Princeton 2000; C. Ruge, *Versöhnung durch Vergangenheitsbewältigung? Die südafrikanische Wahrheits- und Versöhnungskommission und ihr Versuch zur Friedenssicherung*, Lang, Frankfurt a.M. 2004.

⁷ Sulla molteplicità delle teorie della giustizia e dei loro ambiti (distributiva, commutativa, retributiva, riparatrice) rimando al mio *La giustizia introvabile*, Celid, Torino 2011, e all’articolo *La giustizia retributiva oltre la pena*, “Rivista di filosofia”, 98 (2007), pp. 259-278. Cfr. R. Mani, *Beyond Retribution*, cit., pp. 23-50.

⁸ C.M. Martini, G. Zagrebelsky, *La domanda di giustizia*, Einaudi, Torino 2003; F. Stella, *La giustizia e le ingiustizie*, il Mulino, Bologna 2006.

⁹ Tucidide, *La guerra del Peloponneso*, III, 82, 6-7 (tr. it. cit., p. 439).

¹⁰ Dionisio di Alicarnasso, *Storia di Roma arcaica*, a cura di F. Cantarelli, Rusconi, Milano 1984, VI, 73, 2, p. 557 (corsivi miei). M. Raimondi, *L’amnestia tra patrizi e plebei nelle “Antichità Romane” di Dionigi di Alicarnasso*, in M. Sordi (a cura di), *Responsabilità perdono e vendetta*, cit., p. 109, osserva che il discorso di Bruto “pone l’accento sul diritto all’esilio, come ricerca di un’altra patria cioè come scelta veramente alternativa al perdono tra le parti in lotta che nello stesso tempo evita le vendette ed è coerente con i valori della repubblica, perché rappresenta l’unica possibilità di godere della *libertas* negata a Roma, secondo una concezione dell’esilio che trova variamente riscontro proprio nel pensiero politico della fine della repubblica”.

¹¹ Dionisio di Alicarnasso, *Storia di Roma arcaica*, cit., p. 567: “Infine avrete la garanzia che esiste per tutti gli uomini, Greci e barbari, che il passar del tempo non distruggerà mai, cioè i giuramenti e i patti per mezzo dei quali si rendono gli dèi mallevadori dei patti, garanzia

con la quale sono state risolte molte aspre inimicizie tra privati come molte guerre tra stati”. Sulla sacralizzazione dei patti cfr. P. Prodi, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, il Mulino, Bologna 1992.

¹² M. Freeman, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, Cambridge University Press, Cambridge 2006.

¹³ Cfr. P.H. Hayner, *Unspeakable Truths. Confronting State Terror and Atrocity*, Routledge, London 2001 (nuova edizione aggiornata 2011), che documenta 40 casi di Commissioni verità tra il 1974 e il 2009 (e di queste 21 hanno operato negli ultimi dieci anni). Un caso paradigmatico in senso negativo è quello afghano: cfr. P. Gossman, *Truth, Justice and Stability in Afghanistan*, in N. Roht-Arriaza, J. Mariezcurrena (a cura di), *Transitional Justice*, cit., pp. 255-277.

¹⁴ P.H. Hayner, *Unspeakable Truths*, cit.; M. Minow, *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., pp. 52-90. Si tratta, nei casi analizzati dalla letteratura, quasi esclusivamente di commissioni istituite da poteri pubblici nazionali (presidenti, governi, assemblee legislative) o internazionali (Onu). Un ruolo marginale, ma non trascurabile soprattutto quando abbiano funto da apripista e da pungolo per le *official truth commissions*, è svolto in una serie di circostanze da commissioni gestite da Ong ed espressione quindi di associazioni civili nazionali e transnazionali: cfr. R. Dudai, H. Cohen, *Dealing with the Past when the Conflict Is Still Present. Civil Society Truth Seeking Initiatives in the Israeli-Palestinian Conflict*, in R. Shaw, L. Waldorf (a cura di), *Localizing Transitional Justice*, cit., pp. 228-252.

¹⁵ K. Sikkink, C.B. Walling, *Argentina's Contribution to Global Trends in Transitional Justice*, in N. Roht-Arriaza, J. Mariezcurrena (a cura di), *Transitional Justice*, cit., pp. 301-324; M.J. Guembe, H. Olea, *No Justice, no Peace: Discussion of a Legal Frame Work Regarding the Demobilization of Non-State Armed Groups in Columbia*, ivi, pp. 120-142; C.L. Sriram, *Confronting Past Human Rights Violations. Justice vs. Peace in Times of Transition*, cit.; E. Wiebelhaus-Brahm, *Truth Commissions and Transitional Societies. The Impact of Human Rights and Democracy*, Routledge, London 2010.

¹⁶ K. Sikkink, C.B. Walling, *Argentina's Contribution to Global Trends in Transitional Justice*, in N. Roht-Arriaza, J. Mariezcurrena (a

cura di), *Transitional Justice*, cit., pp. 306 e 310. Cronologicamente essa era stata preceduta dalla Commissione nazionale d'inchiesta sugli scomparsi, creata in Bolivia nel 1982, che non era però approdata ad alcuna relazione finale. Alla Commissione argentina farà seguito nel 1985 quella dell'Uruguay, il cui rapporto su undici anni di dittatura militare non ebbe però analoga diffusione. La Commissione verità e riconciliazione del Perù, insediata nel 2001, è a differenza di queste ultime un esempio significativo della sinergia tra Commissione verità e procedimenti giudiziari: E.G. Cueva, *The Peruvian Truth and Reconciliation Commission and the Challenge of Impunity*, ivi, pp. 70-93. Un corrispettivo africano per questa sinergia è il caso della Sierra Leone: W.A. Schabas, *The Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission*, ivi, p. 38.

¹⁷ R.J. Goldstone, *Frieden und Gerechtigkeit – Ein unvereinbarer Gegensatz?*, in G. Smith, A. Margalit (a cura di), *Amnestie*, cit., pp. 40-41; G. Klumpp, *Vergangenheitsbewältigung durch Wahrheitskommissionen – das Beispiel Chile*, Berlin Verlag, Berlin 2001; AA.VV., *Out of the Ashes*, cit.

¹⁸ H. Adam, *Widersprüche der Befreiung: Wahrheit, Gerechtigkeit und Versöhnung in Südafrika*, in AA.VV., *Vergangenheitsbewältigung am Ende des zwanzigsten Jahrhunderts*, "Leviathan", Sonderheft 18/1998, p. 365.

¹⁹ Per un'essenziale introduzione, con una buona selezione di materiali documentari, M. Flores (a cura di), *Verità senza vendetta*, cit. Inoltre, senza pretesa di completezza, K. Asmal, L. Asmal, R.S. Roberts, *Reconciliation through Truth. A Reckoning of Apartheid's Criminal Governance*, Philip, Cape Town 1997; E. Hahn-Godeffroy, *Die südafrikanische Truth and Reconciliation Commission. Recht und Verfassung in Südafrika*, Nomos, Baden-Baden 1998; J. Braun (a cura di), *Versöhnung braucht Wahrheit. Der Bericht der südafrikanischen Wahrheitskommission*, Gütersloher Verlagshaus, Gütersloh 1999; J. de Gruchy, S. Martin (a cura di), *Facing the Truth: South African Faith Communities and the Truth and Reconciliation Commission*, Philip, Cape Town 1999; R.I. Totberg, D. Thomson (a cura di), *Truth vs. Justice: The Morality of Truth Commission*, cit.; N. Durczak, *Der Versuch einer Vergangenheitsbewältigung in Südafrika durch die Wahrheits- und Versöhnungskommission*, Lang, Frankfurt a.M. 2001; J.

Wilmot (a cura di), *After the Trc. Reflections on Truth and Reconciliation in South Africa*, Ohio University Press, Athens 2001; D. Posel, G. Simpson (a cura di), *Commissioning the Past. Understanding South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, Witwatersrand University Press, Johannesburg 2002; C.L. Sriram, *Confronting Past Human Rights Violations. Justice vs. Peace in Times of Transition*, cit., pp. 147-170; C. Ruge, *Versöhnung durch Vergangenheitsbewältigung?*, cit.; E. Doxtader, *With Faith in the Works of Words. The Beginnings of Reconciliation in South Africa, 1985-1995*, Michigan State University Press, East Lansing 2009; J. Cherry, *Truth and Transitional Justice in South Africa*, in H. van der Merwe, V. Baxter, A.R. Chapman (a cura di), *Assessing the Impact of Transitional Justice*, cit., pp. 249-264.

²⁰ R.C. Slye, *The Legitimacy of Amnesties Under International Law*, cit., p. 245, evidenzia i seguenti caratteri di una simile amnistia, di cui quella sudafricana è, in senso proprio, l'unico esempio: "1) it must be democratic in its creation, 2) it must not apply to those most responsible for [...] serious violations of international criminal law, 3) it must impose some form of public procedure or accountability on its recipients, 4) it must provide an opportunity for victims to question and challenge an individual's claim to amnesty, 5) it must provide some concrete benefit, usually in the form of reparations, to victims, 6) it must be designed to facilitate a transition to a more human rights friendly regime".

²¹ M.A. Weingardt, *Religion macht Frieden*, cit., pp. 336-349; E. Doxtader, *With Faith in the Works of Words*, cit.; T. Godwin Phelps, *Shattered Voices. Language, Violence, and the Work of Truth Commissions*, cit., pp. 38-39. Per la riflessione teologica che sottende queste pratiche cfr. G. Müller-Fahernholz, *The Art of Forgiveness: Theological Reflections on Healing and Reconciliation*, World Council of Churches Publications, Genève 1997. Sul tema del rimorso M. Gilbert, *Collective Remorse*, in A. Jokić (a cura di), *War Crimes and Collective Wrongdoing*, cit., pp. 216-235.

²² A. Cassese, *Clemency versus Retribution in Post-Conflict Situations*, cit., pp. 10-11, annovera i seguenti meriti della Commissione: "It pronounced on acts of political violence committed both by the white and the black majority. It contributed powerfully to discrediting apartheid by laying bare its crimes. It pushed individual

culprits to confess their crimes publicly. The Commission heard testimonies of 21,000 victims of apartheid and those of 7,100 perpetrators of crimes. Furthermore, instead of granting an indiscriminate amnesty it granted judicial pardon on a case-by-case basis. It pardoned 1,146 perpetrators out of 7,100. Finally, and more generally, the Truth and Reconciliation Commission represented a powerful way of forestalling a civil war between whites and black”.

²³ M. Flores (a cura di), *Verità senza vendetta*, cit., p. 57.

²⁴ La Commissione ha sofferto in ogni sua fase per l’insufficienza del personale: dovette registrare, avvalendosi di circa 200 collaboratori, oltre 20.000 deposizioni; il Committee on Human Rights Violation aveva 9 componenti e 10 collaboratori esterni, che non erano certo in grado di controllare l’attendibilità di tutte le deposizioni. C. Ruge, *Versöhnung durch Vergangenheitsbewältigung?*, cit., p. 230, riporta il caso di un uomo che deponeva in qualità di vittima dell’*apartheid* e denunciava d’aver subito torture in carcere, trascurando però di ricordare alla ignara Commissione di essere stato in precedenza condannato all’ergastolo per l’omicidio di cinque persone.

²⁵ M. Flores (a cura di), *Verità senza vendetta*, cit., p. 52. Cfr. W. Verwoerd, *Toward a Response to Criticisms of the South African Truth and Reconciliation Commission*, in C. Prager, T. Govier (a cura di), *Dilemmas of Reconciliation*, cit., pp. 245-278; S. Du Toit, *Tensions between Human Rights and the Politics of Reconciliation: A South African Case Study*, in J.R. Quinn (a cura di), *Reconciliation(s)*, cit., pp. 232-262; F.C. Ross, *An Acknowledged Failure: Women, Voice, Violence, and the South African Truth and Reconciliation Commission*, in R. Shaw, L. Waldorf (a cura di), *Localizing Transitional Justice*, cit., pp. 69-91 (solo 500 di circa 33.000 casi di violazioni dei diritti umani riguardano la violenza sessuale).

²⁶ M. Minow, *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., p. 88.

²⁷ Cfr. M. Mamdani, *Amnesty or Impunity? A Preliminar Critique of the Report on the Truth and Reconciliation Commission of South Africa (Trc)*, in M. du Plessis, S. Peté (a cura di), *Repairing the Past?*, cit., pp. 83-118.

²⁸ Su Sierra Leone K. Tätzsch, *Die Truth and Reconciliation Commission (Trc) in Sierra Leone*, in F. Neubacher, A. Klein, *Vom Recht der Macht zur Macht des Rechts?*, cit., pp. 235-261; sulla Justice

and Reconciliation Commission del Marocco L. Arbour, *Economic and Social Justice for Societies in Transition*, “New York University Journal of International Law and Politics”, 40 (2007), p. 19; sul Guatemala A. Isaacs, *Truth and the Challenge of Reconciliation in Guatemala*, in J.R. Quinn (a cura di), *Reconciliation(s)*, cit., pp. 116-146; sulla Cambogia D. Chandler, *Coming to Terms with the Terror and History of Pol Pot’s Cambodia (1975-79)*, in C.A.L. Prager, T. Govier (a cura di), *Dilemmas of Reconciliation*, cit., pp. 307-326.

²⁹ Si vedano in particolare i *case studies* su Argentina, Cile, Brasile, Sudafrica nella prima parte di P. de Greiff (a cura di), *Handbook of Reparations*, cit., pp. 21-22. Per un’inedita prospettiva comparativa J. Darby, *Reconciliation (Reflections from Northern Ireland and South Africa)*, in O.P. Richmond (a cura di), *Palgrave Advances in Peacebuilding. Critical Developments and Approaches*, Palgrave Macmillan, New York 2010, pp. 294-306.

³⁰ E. Doxtader, *With Faith in the Works of Words*, cit., p. 283; C.J. Colvin, *Overview of the Reparations Program in South Africa*, in P. de Greiff (a cura di), *Handbook of Reparations*, cit., pp. 176-214; L. Arbour, *Economic and Social Justice for Societies in Transition*, cit., pp. 1-27.

³¹ Parla esplicitamente e persuasivamente di “rivoluzione comprata” H. Adam, *Widersprüche der Befreiung: Wahrheit, Gerechtigkeit und Versöhnung in Südafrika*, cit., pp. 350-367. Sul permanere di alti livelli di violenza nel dopo-*apartheid* insiste invece C. Steenkamp, *Violence and Post-War Reconstruction*, cit., p.1: “Post-apartheid South Africa has witnessed a much-publicized rise in violent crime ranging from hijackings to property crimes to vigilantism”.

³² AA.VV., *Stay the Hand of Justice*, cit., p. 28: “Despite the evolution of what is entailed in transitional justice, considerable questions remain, and it is not clear whether, to what extent, or under what conditions transitional justice is capable of fulfilling its prophetic ambitions”.

³³ E. Garzón Valdés, *Prolog: Staatsterrorismus, Gerechtigkeit und Justiz*, in H. Ahlbrecht, K. Ambos (a cura di), *Der Fall Pinochet(s). Auslieferung wegen staatsverstärkter Kriminalität?*, Nomos, Baden-Baden 1999, p. 15. Sulla diffusa avversione nei confronti delle retoriche della riconciliazione in America latina J. Van Antwerpen,

Reconciliation Reconceived: Religion, Secularism, and the Language of Transition, in W. Kymlicka, B. Bashir (a cura di), *The Politics of Reconciliation in Multicultural Societies*, cit., p. 37.

³⁴ Cfr. P. Ricœur, *La memoria, la storia, l'oblio*, Cortina, Milano 2003, pp. 649-651, che argomenta "l'impossibilità di autentiche istituzioni politiche del perdono" a partire dall'asimmetria di perdono e promessa.

³⁵ A. Kolnai, *Forgiveness*, "Proceedings of the Aristotelian Society", 74 (1973-74), pp. 91-106; W. Soyinka, *The Burden of Memory, the Muse of Forgiveness*, Oxford University Press, Oxford 1998; S. Dwyer, *Reconciliation for Realists*, in C.A.L. Prager, T. Govier (a cura di), *Dilemmas of Reconciliation*, cit., pp. 91-110.

³⁶ AA.VV., *Stay the Hand of Justice*, cit., p. 28. A sostegno invece della tesi che questa sia la forma di giustizia storica che più viene incontro alle giuste pretese di tutti gli attori coinvolti L.H. Meyer, *Historische Gerechtigkeit*, de Gruyter, Berlin-New York 2005, pp. 337-338.

³⁷ Cfr. C. Ruge, *Versöhnung durch Vergangenheitsbewältigung?*, cit., pp. 223-224.

³⁸ Vedi l'efficace sintesi dei risultati conseguiti dalla letteratura esistente in S. Grimm, *Erzwungene Demokratie. Politische Neuordnung nach militärischer Intervention unter externer Aufsicht*, Nomos, Baden-Baden 2009, pp. 324-339. Cfr. inoltre M. Pape, *Die humanitäre Intervention. Zur Bedeutung der Menschenrechte in den Vereinten Nationen*, Nomos, Baden-Baden 1997; R. Paris, *At War's End: Building Peace after Civil Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge 2005; H. Münkler, K. Malowitz (a cura di), *Humanitäre Intervention. Ein Instrument aussenpolitischer Konfliktbearbeitung. Grundlagen und Diskussion*, VS, Wiesbaden 2008; R. Paris, T.S. Sisk (a cura di), *The Dilemmas of Statebuilding. Confronting the Contradictions of Postwar Peace Operations*, Routledge, London 2009; J. Krause, Ch. King Mallory IV (a cura di), *International State Building and Reconstruction Efforts. Experience Gained and Lessons Learned*, Budrich, Opladen 2010.

10. Etica e memoria

I risarcimenti materiali e il ristabilimento della verità sono condizioni necessarie ma non sufficienti per la riconciliazione. Il “lavoro della memoria” è la terza indispensabile condizione, che, in considerazione dell’inadeguatezza delle altre modalità di superamento del passato, è venuto acquistando nel corso degli anni sempre maggiore rilevanza. La cultura dei diritti si alimenta alla memoria del passato. La promessa dei diritti è correlata alla memoria dei torti: detto altrimenti, la storia dei diritti è la storia della consapevolezza dei soprusi patiti e dei mali commessi. L’esplosione delle pratiche della memoria ha così caratterizzato la cultura dell’Occidente negli ultimi decenni. Alla convinzione secondo cui a ogni sconvolgimento politico doveva far seguito un periodo di salutare oblio, ne è subentrata un’altra, secondo cui è necessaria l’attivazione di una memoria perenne.¹ A governare le nostre politiche del passato sono ora le Eumenidi della memoria.

L’accertamento della verità è un passo importante. Ma una volta ristabilita nei fatti, la verità deve essere ambientata in un universo di senso, amministrata con equilibrio, tutelata dalle strumentalizzazioni e dalle falsificazioni interpretative. La memoria collettiva, infatti, intessuta com’è delle narrazioni più diverse, può sempre essere oggetto di deformazioni ed essere esposta a strumentalizzazioni. Paul Ricœur, in un’opera giustamente famosa, ha proposto la distinzione tra memoria censurata (*mémoire empêchée*), memoria manipolata (*mémoire manipulée*) e memoria subdolamente imposta (*mémoire abusivement commandée*). Ricœur richiama esplicitamente il fatto che la fissazione sul “dovere della memoria” non ci deve distogliere dal “lavoro sulla memoria”.² Oltre che alla manipolazione essa è esposta da un lato al rischio della sclerotizzazione, dall’altro a quello del sovraccarico e della saturazione. Di “passato che non passa” si è parlato per esempio nel corso dell’*Historikerstreit* degli anni ottanta, in relazione all’elaborazione del trauma nazionalsocialista, per denunciare una saturazione che inibiva un rapporto “normale” con la storia.³

A promuovere la fioritura della memoria – e anche una certa inflazione del discorso sulla memoria – hanno indubbiamente contribuito da un lato le indagini giudiziarie e dall'altro l'interrogazione filosofica sulla responsabilità e sulla colpa. A partire dal dopoguerra queste componenti si sono intensificate: la storiografia ha appreso a fare un uso sempre più sistematico dei risultati delle indagini giudiziarie e la filosofia ha riproposto, con nuovi accenti, la questione della colpa. Fin dal dibattito intorno al caso Eichmann era apparso chiaro che i processi servivano non tanto a fare giustizia – questa in particolare la tesi di Karl Jaspers e di Hannah Arendt – ma ad accertare storicamente i fatti e a mantenerne viva la memoria. Per Jaspers il processo di Gerusalemme assumeva significato storico in quanto in esso “l'escussione del teste e l'acquisizione del documento assumono un respiro di indagine storica”; per Arendt esso travalicava i limiti di un normale processo penale per erigersi a tribunale della storia.⁴ Questo affidamento della memoria alle cure di storici, filosofi e giudici aveva come finalità di evitare che il lavoro sulla memoria avesse come conseguenza, come spesso era accaduto nella storia, l'incubazione di nuova ostilità.

Intorno al tema della colpa collettiva si è sviluppato a partire dall'Olocausto un intenso dibattito, che ha tematizzato le diverse modalità di attribuzione (a chi? e come?) di una devianza generalizzata rispetto a paradigmi sociali tradizionali.⁵ Almeno tre tipi di discorso della memoria orientati al superamento di una colpa attribuita collettivamente possono venire distinti: vi è in primo luogo il discorso della *vittimizzazione*, che tende a presentare i collaboratori e gli esecutori del crimine come vittime essi stessi di una minoranza criminale; si dà in secondo luogo il discorso della *rimozione*, che caratterizza un popolo incapace di elaborare il lutto (ma proprio l'incapacità di provare rimorso conferma la stigmatizzazione collettiva); vi è infine il discorso dell'*autostigmatizzazione* che argomenta nel senso di una libera assunzione della colpa da parte dei discendenti, che attraverso il lavoro della memoria denunciano non solo la colpa originaria ma anche la seconda colpa della rimozione, dalla quale pure occorre liberarsi.⁶ Nella sua unità di esternalizzazione della colpa, rimozione e autostigmatizzazione il processo di costruzione dell'identità tedesca dopo l'Olocausto è diventato un paradigma a cui commisurare ogni processo di elaborazione della memoria collettiva in

situazioni post-traumatiche.

Il laboratorio della politica della memoria degli ultimi decenni si è costituito intorno a due poli, tedesco e israeliano.⁷ La cultura israeliana della memoria ha conosciuto in relazione all'eccezionalità dell'esperienza della Shoah un ulteriore potenziamento. Muovendo da un'elementare assunzione – ciò che è passato non può essere superato: può essere solo ricordato, dimenticato, rimosso, vendicato, punito, perdonato – essa ha esplorato anche le più remote regioni della *mnemohistory*.⁸ L'altro contributo rilevante alla problematizzazione di questo processo è venuto, per le stesse ragioni, dalla cultura tedesca. Per molti decenni l'espressione *Modell Deutschland* era servita a designare un particolare modello di sviluppo economico, sicurezza sociale e stabilità politica, ma dopo il 1989 essa è passata a designare sempre più spesso un modo specifico di elaborazione politico-culturale del passato.⁹ L'incontro tra cultura tedesca e cultura ebraica su questo tema può ben essere simbolizzato dal discorso tenuto l'8 maggio 1985 dal presidente della Repubblica Federale Richard von Weizsäcker, in cui veniva citato un detto sapienziale chassidico (risalente a Baal Shem Tov, il fondatore del chassidismo nel XVIII secolo): “Il voler dimenticare prolunga l'esilio, mentre il segreto della salvezza sta nel ricordare”.¹⁰

È scaturito di qui un ricco dibattito sui paradossi e sulle contraddizioni della memoria, sulla sua utilità e sulla sua pericolosità (quando sia posta al servizio di conflitti e miti aggressivi), sulla sua esclusività e inclusività, sulla sua propensione a esternalizzare o internalizzare la colpa, sui suoi rapporti con l'eroismo e il vittimismo. In riferimento a questi eventi Reinhart Koselleck ha messo a fuoco il concetto di *memoria negativa*, che è la forma di memoria dominata da esperienze del trauma, e a cui è immanente la tendenza a immunizzarsi dalla rappresentazione dell'orrore. Nel passaggio dalla memoria eroica alla memoria posteroica, che si è compiuto nel XX secolo a seguito dell'Olocausto, si ridefiniscono domande e risposte su chi e che cosa si debba ricordare e su come lo si debba ricordare.¹¹ A Koselleck dobbiamo anche la tematizzazione della *discontinuità della memoria*, vale a dire della frattura tra le memorie di persone e gruppi e il sapere e le interpretazioni che di esse forniscono generazioni successive. Poiché nessuna esperienza primaria può essere trasmessa, necessariamente si

produce discontinuità nel passaggio delle generazioni.¹² Il che, a sua volta, non può restare senza conseguenze sull'elaborazione della memoria negativa.

A partire da quel dialogo ebraico-tedesco, ma guidata dall'esigenza di sfuggire ai cortocircuiti di memorie dominate dall'ossessione dell'autostigmatizzazione, ha così avuto luogo nel corso degli ultimi decenni quella che Daniel Levy e Natan Sznaider hanno definito la "cosmopolitizzazione della memoria"¹³: l'Olocausto non solo è diventato il referente universale della nostra epoca, rimettendo in moto con la sua elaborazione le ricerche sulla memoria, ma è diventato anche una questione centrale nell'agenda della politica internazionale.¹⁴ Fra gli eventi che hanno contribuito a promuovere la nascita del nuovo paradigma morale della politica internazionale, sancita per così dire dalla diffusione dell'espressione *holocaust politics*, va posta la Conferenza sull'Olocausto, che nel 2000 ha radunato a Stoccolma circa 600 delegati di più di 40 paesi (870 i giornalisti accreditati) per quello che è stato definito il primo vertice globale del nuovo millennio.¹⁵ Le basi di questo evento erano state poste nel 1998 dall'iniziativa del premier svedese Göran Persson, che aveva dato vita alla Task Force for International Cooperation on Holocaust Education, Remembrance and Research. Con tutta evidenza il baricentro delle politiche di riconciliazione si è ormai spostato dalle riparazioni all'ambito pedagogico. Ci si è chiesti: si è trattato di un foro politico o di una conferenza scientifica? Ma la domanda più rilevante è un'altra: fino a che punto si può davvero parlare di cosmopolitizzazione della memoria?

Va detto innanzitutto che, fra i partecipanti alla conferenza, l'opportunità non venne colta dagli stati dell'Est. I rappresentanti di Polonia, Slovacchia e Bulgaria (che, per esempio, aveva collaborato attivamente con il regime nazista nell'espellere gli ebrei di Tracia e Macedonia) fornirono ricostruzioni degli eventi quantomeno parziali. Il rappresentante della Bosnia-Erzegovina colse l'occasione per attaccare la Russia e porre la Cecenia in continuità con l'Olocausto. L'intervento in videoconferenza di Bill Clinton, per converso, fornì al presidente americano il destro per usare l'Olocausto come legittimazione dell'intervento in Kosovo in particolare e di una politica interventista in generale. Nel complesso si può dire che la conferenza servì sì a

sottrarre agli stati nazionali il monopolio dell'interpretazione della storia, dando un contributo alla delegittimazione del nazionalismo, ma fece anche emergere quanto ancora divise risultassero le memorie d'Europa.¹⁶ Anche la via dell'elaborazione morale del passato va incontro alle sue frustrazioni.

Quello ebraico-tedesco, si è detto, ha costituito nel XX secolo il grande laboratorio della memoria e anche della riconciliazione internazionale. Ma che cos'è da esso scaturito? Un modello europeo, occidentale o cosmopolitico di memoria? La Conferenza di Stoccolma ha certamente contribuito a mettere in moto un processo di sincronizzazione e unificazione delle culture nazionali della memoria, da cui in primo luogo l'identità politica dell'Unione europea dovrebbe risultare rafforzata. Ma si può davvero sostenere che si sia in presenza di un processo interculturale di cosmopolitizzazione della memoria? E si può realisticamente ritenere che il modello tedesco-israeliano di riconciliazione possa costituire un paradigma universalizzabile per rimediare ai crimini e alle ingiustizie storiche della colonizzazione?

In un saggio recente, nel quale sono discretamente distillati i risultati di una pluriennale attività di ricerca sul tema, Aleida Assmann ha proposto di distinguere quattro modelli di relazioni mnestiche: *dialogic forgetting*, *remembering in order to prevent forgetting*, *remembering in order to forget*, *dialogic remembering*.¹⁷ Con *dialogic forgetting* s'intende la condivisione dell'impulso alla rimozione, il patto del silenzio, il tacere collettivo (*kollektives Beschweigen*), di cui aveva parlato già negli anni ottanta Hermann Lübbe. Il secondo modello, *remembering in order to prevent forgetting*, designa il trapasso da una cultura dell'amnesia a una cultura dell'*anamnesis*, come è esemplificata nell'assunzione della centralità dell'Olocausto dopo un periodo di rimozione e latenza. Il terzo modello, *remembering in order to forget*, esemplificato dalla Commissione verità e riconciliazione del Sudafrica, non usa la memoria per fissare apotropaicamente un evento del passato, ma come strumento terapeutico per soddisfare l'esigenza di andare oltre (*leave behind and go beyond*), verso la riconciliazione. Il quarto modello, *dialogic remembering*, è quello indirizzato verso la cosmopolitizzazione della memoria, verso il conseguimento di una memoria transnazionale condivisa. In esso sembrerebbe essere collocata la posta del futuro: si tratterà di vedere se le forme dialogiche e

comunicative saranno in grado di placare le Eumenidi della memoria.

Il *clash of ethnic memories* è una componente del processo attraverso il quale l'eredità del genocidio è elaborata dai vari gruppi (vittime e carnefici). Le identità etniche, come sono costruite, così possono essere azzerate: l'ambito della manipolazione della memoria appare talvolta (ma illusoriamente) illimitato.¹⁸ L'elaborazione della memoria conosce anche vistose asimmetrie: l'asincronicità dei processi di elaborazione del passato è un dato che non può essere sottovalutato.¹⁹ C'è un *Sonderweg* europeo e occidentale dell'elaborazione del passato che evidenzia l'eterogeneità del sistema internazionale. Nella transizione (dopo il 1990) dal regime post-totalitario sovietico a una democrazia poco incline alla trasparenza (nonostante le precedenti promesse di *glasnost*), la via scelta in Russia è stata quella di *ignorare il passato*.²⁰ Il pesante passato di macrocriminalità politica dei regimi comunisti è stato sostanzialmente consegnato all'amnesia. Il discorso può essere agevolmente esteso alla Cina, rispetto alla quale il *Sonderweg* europeo appare ancora più remoto.

Con i libri neri del comunismo e la fioritura di una letteratura storiografica "revisionistica" le cose, si dovrebbe obiettare, sono cambiate. Con molte resistenze e reticenze anche la Federazione russa si sta avviando per questa strada (la verità su Katyn è stata ammessa solo di recente). La sindrome tedesca sembra essersi estesa anche ad altri paesi. Di recente, facendo riferimento alla risoluzione di condanna del comunismo (n. 1481) adottata dal Consiglio d'Europa il 25 gennaio 2006 e alla caccia alle streghe scatenata in Polonia dai fratelli Lech e Jarosław Kaczyński (la cui legge di "decomunizzazione" è stata però in larga parte abrogata da una sentenza della Corte costituzionale di Varsavia dell'11 novembre 2007), si è adottata la formula del "passato che non passa" anche per descrivere la situazione di irrigidimento dei fronti della politica del passato in relazione ai regimi postcomunisti.²¹

Questa eterogenea geopolitica della memoria evidenzia però, ancora una volta, che storicamente, prima che per riconciliare, la memoria è stata attivata per dividere, attizzare il conflitto, promuovere l'immaginario dell'ostilità. Intrattenendo un rapporto ambiguo con l'identità – con quella collettiva non meno che con quella individuale –, la memoria, nella sua funzione di "cemento dell'identità",²² può alimentare anche l'odio, il risentimento e la vendetta. Un aspetto non

secondario dei processi culturali è costituito dalla *tesaurizzazione del risentimento*. Come è noto, il risentimento si mostra in grado di alimentare la vendetta anche a distanza di millenni: basti pensare, ed è l'esempio più macroscopico, a come nei secoli l'antisemitismo si sia legittimato in base al proposito di vendicare la crocifissione di Cristo imputata agli ebrei, ma anche all'evocazione delle crociate come giustificazione per il terrorismo islamico, oppure, per entrare nello specifico, all'attentato di AlQaeda a Madrid nel 2004, che chiamava in causa la cacciata dei mori dalla Spagna nel 1492, o all'attentato di Losanna del 1973, compiuto da terroristi armeni per vendicare il "tradimento" della causa del loro popolo perpetrato in quella città nel 1923.²³ Anche in un mondo in cui secolarizzazione e disincanto avanzano, l'impulso alla vendetta non è destinato necessariamente a decrescere. Può accadere piuttosto il contrario. "Grazie alla vendetta si realizza l'utopia della vita motivata' in un *milieu* in cui gli uomini sono sempre più colti dal sentimento del vuoto."²⁴ È quantomeno dubbio che la memoria possa bastare a colmare questo sentimento del vuoto.

Resta pertanto aperta la questione se il nuovo *moral frame* delle relazioni internazionali si stia davvero consolidando e abbia effettive possibilità di successo, o se non configuri piuttosto la *grande ipocrisia della globalizzazione*. Accanto all'ipermorale dell'assunzione di responsabilità nei confronti del passato registriamo anche la saturazione per il tema della memoria. E la contesa non resta confinata all'ambito etico. C'è un'iperpolitica ma anche un'antipolitica del passato. L'alternativa tra il *chiudere i conti con il passato senza averli fatti* e il *fare i conti con il passato senza mai chiuderli* incombe sempre sulla giustizia di transizione, che tra questi estremi è condannata a muoversi cercando di volta in volta la soluzione non solo moralmente legittimabile ma anche pragmaticamente perseguibile.²⁵ L'ineludibilità di quell'alternativa contribuisce a spiegare il gioco, ora prudente ora irresponsabile, ora nobile ora cinico, tra resa dei conti reale e resa dei conti simbolica.

NOTE

¹ D. van Laak, *Widerstand gegen die Geschichtsgewalt. Zur Kritik an der "Vergangenheitsbewältigung"*, in N. Frei, D. van Laak, M. Stolleis (a cura di), *Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit*, cit., p. 13. Cfr. N. Frei (a cura di), *Transnationale Vergangenheitspolitik*, cit.; H. Kaelble, M. Kirsch, A. Schmidt-Gernig (a cura di), *Transnationale Öffentlichkeiten und Identitäten im 20. Jahrhundert*, Campus, Frankfurt a.M. 2002; J. Kroh, *Holocaust transnational. Zur Institutionalisierung des Holocaust-Gedenkens*, "Blätter für deutsche und internationale Politik", 50/6 (2005), pp. 741-750.

² P. Ricœur, *La memoria, la storia, l'oblio*, cit., pp. 99-101.

³ La diagnosi non ha tardato a estendersi ad altri paesi: C. Maier, *A Surfeit of Memory? Reflections on History, Melancholy and Denial*, "History and Memory", 5 (1993), p. 136, osservava a pochi anni di distanza che la cultura americana sta diventando "addicted to memory".

⁴ H. Arendt, K. Jaspers, *Carteggio 1926-1969. Filosofia e politica*, a cura di A. Dal Lago, Feltrinelli, Milano 1989; H. Arendt, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Feltrinelli, Milano 1972.

⁵ B. Wolbring, *Nationales Stigma und politische Schuld. Die Debatte über Kollektivschuld in der Nachkriegszeit*, "Historische Zeitschrift", 289 (2009), pp. 325-364.

⁶ D. Zifonun, *Stigma und Charisma, Last und Chance: Die Problematik kollektiver Selbst- und Fremdbeschreibung nach 1945 im Lichte des grenzdialektischen Konzepts Wolfgang Lipps*, in W. Lipp, *Stigma und Charisma. Über soziales Grenzverhalten*, Ergon, Würzburg 2010, pp. 329-344.

⁷ M. Zuckermann, *Zweierlei Holocaust. Der Holocaust in den politischen Kulturen Israels und Deutschlands*, Wallstein, Göttingen 1999; D. Levy, N. Sznajder, *Erinnerung im globalen Zeitalter*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 2001.

⁸ B. Schlink, *Die Bewältigung von Vergangenheit durch Recht*, in H. König, M. Kohlstruck, A. Wöll (a cura di), *Vergangenheitsbewältigung am Ende des Zwanzigsten Jahrhunderts*,

cit., p. 433.

⁹ H. König, *Politik und Gedächtnis*, Velbrück Wissenschaft, Weilerswist 2008.

¹⁰ U. Jureit, *Opferidentifikation und Erlösungshoffnung: Beobachtungen im erinnerungspolitischen Rampenlicht*, in U. Jureit, C. Schneider, *Gefühlte Opfer. Illusionen der Vergangenheitsbewältigung*, Klett-Cotta, Stuttgart 2010, pp. 38-39.

¹¹ R. Koselleck, *Formen und Traditionen des negativen Gedächtnisses* (2002), in Id., *Vom Sinn und Unsinn der Geschichte. Aufsätze und Vorträge aus vier Jahrzehnten*, a cura di C. Dutt, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 2010, pp. 241-253; A. Assmann, *Der lange Schatten der Vergangenheit. Erinnerungskultur und Geschichtspolitik*, Beck, München 2006. Proprio in Germania, per le suddette ragioni, la riscoperta di Maurice Halbwachs e del suo concetto di memoria collettiva (già oggetto delle critiche di Marc Bloch e di dibattito storiografico) ha dato avvio a un nuovo e produttivo filone di ricerca nell'ambito delle *Kulturwissenschaften*. Il libro di Jan Assmann, *La memoria culturale*, Einaudi, Torino 1977, con la soggiacente distinzione tra memoria comunicativa e memoria culturale, ha facilitato l'allargamento del campo d'indagine alle politiche della memoria (solo quando la memoria si trasforma da comunicativa in culturale, fissando e codificando a opera di un ceto intellettuale di specialisti gli eventi passati, "può diventare oggetto della politica": H. König, *Politik und Gedächtnis*, cit., p. 108. Cfr. P. Reichel, *Politik mit der Erinnerung. Gedächtnisorte im Streit um die nationalsozialistische Vergangenheit*, Hanser, München 1995).

¹² Così R. Koselleck. *Diskontinuität der Erinnerung*, "Deutsche Zeitschrift für Philosophie", 47 (1999), pp. 213-222.

¹³ D. Levy, N. Sznajder, *Erinnerung im globalen Zeitalter*, cit.; W. Wertgen, *Vergangenheitsbewältigung: Interpretation und Verantwortung. Ein ethischer Beitrag zu ihrer theoretischen Grundlegung*, Schöningh, Paderborn 2001.

¹⁴ P. Mayer (a cura di), *Lessons and Legacies: The Meaning of the Holocaust in a Changing World*, Northwestern University, Evanston 1991; G. Hartman (a cura di), *Holocaust Remembrance. The Shapes of Memory*, Oxford University Press, Oxford 1994; D. Bloxham, *Genocide on Trial. War Crimes Trials and the Formation of Holocaust.*

History and Memory, Oxford University Press, Oxford 2001; A. Assmann, U. Frevort, *Geschichtsvergessenheit, Geschichtsversessenheit*, cit.; A. Assmann, *Der lange Schatten der Vergangenheit*, cit.

¹⁵ J. Kroh, *Transnationale Erinnerung*, cit., pp. 10 e 111-112; J. Roth, *Holocaust Politics*, Presbyterian Pub Corp, Louisville 2001.

¹⁶ S. Troebst, *Jalta versus Stalingrad, Gulag versus Holocaust. Konfligierende Erinnerungskulturen im grösseren Europa*, "Berliner Journal für Soziologie", 15 (2005), pp. 381-400; S. Schmidt, G. Pickel, S. Pickel (a cura di), *Amnesie, Amnestie oder Aufarbeitung?*, cit., pp. 7-22. Nell'introduzione al volume i curatori sottolineano come l'elaborazione del passato sia necessaria per la genesi di una cultura democratica ma anche pericolosa per la stabilizzazione della democrazia (p. 10).

¹⁷ A. Assmann, *From Collective Violence to a Common Future: Four Models for Dealing with a Traumatic Past*, in R. Wodak, G. Auer Borea (a cura di), *Justice and Memory*, cit., pp. 31-48.

¹⁸ Significativo per questo il caso del Ruanda: R. Lemarchand, *The Politics of Memory in Post-Genocide Rwanda*, in P. Clark, Z.D. Kaufman (a cura di), *After Genocide*, cit., pp. 65-66. In occasione della commemorazione del genocidio del 2004 il discorso di Paul Kagame non fa menzione di identità etniche: ideologia ufficiale è che non ci sono più tutsi e hutu in Ruanda, solo banyarwanda.

¹⁹ G. Pickel, *Nostalgie oder Problembewusstsein? Demokratisierungshindernisse aus der Bewältigung der Vergangenheit in Osteuropa*, in S. Schmidt, G. Pickel, S. Pickel (a cura di), *Amnesie, Amnestie oder Aufarbeitung?*, cit., pp. 129-158.

²⁰ H. Quaritsch, *Giustizia politica*, cit., p. 140, nel 1992 scriveva: "Dopo il golpe dell'agosto 1991 il governo di Eltsin si limitò a proibire il partito e a perseguire penalmente i capi dei golpisti, ma solo perché non avevano rispettato le competenze ormai istituzionalizzate, vale a dire perché avevano fatto un golpe. Finora non vi è alcun indizio della volontà di riesaminare penalmente e disciplinarmente l'Arcipelago GULAG, l'attività del Kgb e dei suoi predecessori e la giustizia politica del terrore protrattasi fino agli anni ottanta".

²¹ G. Mouralis, *Une épuration allemande*, Fayard, Paris 2008, p. 10.

²² A. Margalit, *The Ethics of Memory*, Harvard University Press, Cambridge 2004, p. 201.

²³ M. Ferro, *Le ressentiment dans l'histoire. Comprendre notre temps*, Jacob, Paris 2007.

²⁴ P. Sloterdijk, *Ira e tempo*, cit., p. 76.

²⁵ M. Minow, *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., p. 2, tematizza nel suo libro quelli che chiama i “two dangers of wallowing in the past and forgetting it. Too much memory or not enough; too much enshrinement of victimhood or insufficient memorializing of victims and survivors; too much past or too little acknowledgment of the past’s staging of the present; these joined dangers accompany not just societies emerging from mass violence, but also individuals recovering from trauma”.

Indice

Premessa

Introduzione

Parte prima. *Rese dei conti*

1. Vendetta
2. Epurazioni

Parte seconda. *Processi*

3. Giustizia politica
4. I tribunali e l'Olocausto
5. La giustizia penale internazionale

Parte terza. *Amnistie*

6. Imperativi dell'oblio
7. Diritto e impunità

Parte quarta. *Riconciliazione*

8. Riparazioni
9. Giustizia e verità
10. Etica e memoria